

■ Section de l'intérieur – Avis n° 370.169 – 18 mai 2004

Domaine public de l'Etat – Consistance et délimitation – Cas de la mise à disposition de la Cinémathèque française de locaux acquis par l'Etat - Affectation des locaux à un service public culturel – Régime de mise à disposition des locaux.

Le Conseil d'Etat (Section de l'intérieur), saisi par le ministre de la culture et de la communication des questions suivantes :

1° Les locaux du 51 rue de Bercy, acquis par l'Etat pour les mettre à disposition de la Cinémathèque française, constituent-ils une dépendance du domaine public de l'Etat ? La destination qu'il est prévu de leur donner suffit-elle à leur conférer ce caractère ?

2° Si ces locaux peuvent être regardés comme une dépendance du domaine public de l'Etat, leur mise à disposition peut-elle prendre la forme d'une simple autorisation d'occupation domaniale, comme cela est le cas de la salle de Chaillot actuellement occupée par la Cinémathèque française ? La réponse serait-elle différente dès lors que l'on considérerait que les missions de cette association ont un caractère de service public, dont l'installation dans les locaux du 51, rue de Bercy, viserait à permettre l'accomplissement ?

3° La réponse est-elle identique pour la librairie et la cafétéria également aménagées sur le site ?

4° Si l'analyse opérée au point précédent conclut à l'impossibilité qu'elle fasse l'objet d'une autorisation d'occupation du domaine public, l'utilisation des locaux par la Cinémathèque française peut-elle s'inscrire dans le cadre d'une délégation de service public, eu égard aux modalités de financement de la mission de service public menée à bien par cette association ?

5° Dans la négative, la gestion et l'animation des locaux du 51 rue de Bercy par la Cinémathèque française doivent-elles faire l'objet d'un marché public ? Un tel marché peut-il être passé - pour tout ou partie - sans procédure de publicité ni mise en concurrence ?

6° Dans l'hypothèse où la mise à disposition des locaux s'inscrirait dans le cadre soit d'une délégation de service public, soit d'un marché public, sur quelles bases le prix payé par l'Etat doit-il être calculé et, le cas échéant, révisé ?

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu la directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, abrogeant et remplaçant la directive du Conseil n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ;

Vu le code de l'industrie cinématographique ;

Vu le code du domaine de l'Etat, notamment ses articles L. 28 et L. 29 ;

Vu le code des marchés publics annexé au décret n° 2004-15 du 15 janvier 2004 ;

Vu la loi du 1^{er} juillet 1901 modifiée relative au contrat d'association ;

Vu le décret du 25 octobre 1935 fixant la liste des offices et établissements autonomes de l'Etat assujettis au contrôle financier ;

Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, modifiée notamment par l'article 8-I de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, notamment son article 38 ;

Vu la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 pris pour son application ;

Est d'avis, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Créée à l'initiative de personnes privées en 1936, la Cinémathèque française est une association soumise à la loi de 1901 qui s'est donné pour mission de collecter, conserver, restaurer et présenter au public des films ainsi que des documents et objets liés à la création cinématographique et à l'histoire du cinéma. Abrisée depuis sa création par l'aile Paris du Palais de Chaillot, où elle est titulaire d'une autorisation d'occupation domaniale dont le dernier avenant a été conclu en 1978, elle y dispose de bureaux, d'espaces de stockage et d'une salle de projection. L'association gère un budget annuel de fonctionnement d'environ 7 millions d'euros, dont 5,2 millions provenant d'une subvention d'un établissement public de l'Etat (centre national de la cinématographie, C.N.C.). Comme le prévoient l'article 10 de la loi susvisée du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et le décret du 6 juin 2001 pris pour son application, cette aide fait l'objet d'une convention annuelle (la dernière en date du 23 juin 2003) qui précise l'objet de la subvention, son montant et ses conditions d'utilisation.

Selon son statut, modifié à la demande du ministre de la culture en octobre 2003, la Cinémathèque française est administrée par un conseil de 18 membres, dont trois personnalités qualifiées nommées par le ministre de la culture et quinze membres élus par l'assemblée générale, et dirigée par un président élu par le conseil en son sein. L'Etat y est représenté par un commissaire du Gouvernement, qui est de droit le directeur général du C.N.C. Celui-ci assiste au conseil et à l'assemblée générale avec voix consultative, peut faire inscrire toute question à l'ordre du jour de ces assemblées, ainsi que faire délibérer à nouveau le conseil sur toute décision et suspendre pendant un mois toute délibération ayant une incidence financière, dans l'attente d'une éventuelle annulation par le ministre chargé de la culture. La nomination des dirigeants de l'association (directeur général, conservateur de la bibliothèque-musée, directeur administratif et financier) est soumise à l'agrément du ministre de la culture, les fonctions en cause pouvant être pourvues par voie de détachement de fonctionnaires. Le règlement financier et comptable et le règlement intérieur de l'association sont soumis à l'approbation préalable du ministre de la culture, représenté par le directeur général du C.N.C. L'association doit en outre adresser aux ministres de la culture et de l'intérieur ses rapports annuels et ses comptes, et les délégués de ces ministres peuvent visiter ses établissements et se faire rendre compte de leur fonctionnement. Enfin, l'association est dotée d'un comité financier de six membres, dont trois représentants de l'Etat, et soumise au contrôle financier de l'Etat dans les conditions prévues par le décret du 25 octobre 1935.

En 1999 l'Etat (ministère de la culture) a acquis l'immeuble du 51 rue de Bercy construit par l'American Center pour les besoins de son activité, dans le but de le mettre à la disposition de la Cinémathèque française, en lieu et place des locaux dont elle dispose sur le domaine public.

L'immeuble est présentement géré par la direction générale de l'administration du ministère de la culture et fait, sous maîtrise d'ouvrage de ce ministère, depuis mars 2002, l'objet de travaux destinés à le rendre propre à sa destination. Il n'abritera l'activité à laquelle il est destiné qu'après l'installation de l'utilisateur, prévue au cours de l'année 2005.

Sur la première question :

Ainsi que le rappelle un avis du Conseil d'Etat (sections de l'intérieur et des travaux publics réunies) en date du 31 janvier 1995, un immeuble dont une personne publique est propriétaire est incorporé dans son domaine public dès lors qu'il reçoit une affectation soit à l'usage direct du public, soit à un service public et qu'il est spécialement aménagé à cet effet. Toutefois, un immeuble affecté à l'usage direct du public ou au service public moyennant des aménagements spéciaux relève des règles de la domanialité publique avant même la fin des aménagements. Un immeuble appartenant à une personne publique, destiné à être affecté à l'usage direct du public ou à un service public et aménagé spécialement à cet effet, est soumis aux principes de la domanialité publique dès lors que l'une ou l'autre de ces destinations est prévue de façon certaine.

L'immeuble du 51 rue de Bercy a été acquis par l'Etat pour y installer la Cinémathèque, institution privée sur le fonctionnement de laquelle l'Etat exerce un contrôle administratif et financier, qui assume des missions d'intérêt général relevant de la sauvegarde du patrimoine cinématographique. En raison de ces missions et dans la mesure où elles sont accomplies dans les conditions prévues par la convention d'objectifs signée chaque année avec le C.N.C., la Cinémathèque bénéficie de ressources sous forme de subventions allouées par cet établissement public administratif placé sous l'autorité du ministre de la culture.

Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, les missions en cause sont constitutives d'un service public culturel, nonobstant le fait que la Cinémathèque soit née d'une initiative privée.

Il résulte de ce qui précède que si, à la date du présent avis et en raison des travaux d'aménagements spéciaux en cours, l'immeuble du 51 rue de Bercy n'est pas encore affecté à un service public ni à l'usage direct du public, la première de ces destinations est prévue de manière certaine. Il est donc soumis, dès à présent, aux principes de la domanialité publique et sera incorporé au domaine public de l'Etat à la date de son affectation à la Cinémathèque française.

Sur la deuxième question :

En vertu de l'article L. 28 du code du domaine de l'Etat, l'occupation du domaine public par un tiers nécessite une autorisation faisant l'objet d'un titre délivré par l'Etat, adapté au mode d'occupation du domaine. L'immeuble du 51 rue de Bercy étant destiné à accueillir la Cinémathèque française pour qu'elle y accomplisse son objet statutaire, l'autorisation d'occuper le domaine qui lui sera délivrée à cet effet devra, dès lors, être adaptée à cette destination. La circonstance que cet objet statutaire, pour les besoins duquel l'immeuble a été acquis et spécialement aménagé, revêt comme il a été dit ci-dessus le caractère d'un service public culturel, justifiant par suite l'incorporation de l'immeuble au domaine public, n'entraîne pas de dispense du respect des formalités prescrites par le code du domaine de l'Etat.

Sur la troisième question :

La vente par la Cinémathèque d'ouvrages spécialisés et la mise en place d'un service de restauration rapide sont, à condition de rester accessoires et d'être prioritairement destinées à son

public, des activités commerciales complémentaires du service public culturel, susceptibles de lui apporter des ressources propres.

Il résulte du dossier transmis à l'appui de la demande d'avis que la librairie et la cafétéria aménagées au 51 rue de Bercy, pour une surface utile de 524 m² sur un total de 14384 m², sont destinées à accueillir le public de la Cinémathèque française. Les deux espaces nécessaires à l'implantation de la librairie et de la cafétéria peuvent donc être englobés dans le titre d'occupation domaniale délivré à la Cinémathèque. Celle-ci pourra soit gérer ces services annexes elle-même, soit en confier l'exploitation à un tiers.

Toutefois, dès lors qu'il s'agit d'activités économiques exercées sur un marché concurrentiel, l'acte confiant cette exploitation à un tiers entre dans le champ d'application de la loi du 3 janvier 1991 modifiée relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, prise pour la transposition des directives du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, s'il sont conclus par un organisme de droit privé satisfaisant aux conditions mentionnées à l'article 9 de ladite loi. Tel est le cas de la Cinémathèque française, qui entre dans les prévisions de cet article dès lors qu'elle est dotée de la personnalité juridique, qu'elle a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et qu'elle a une activité financée majoritairement par un établissement public de l'Etat et une gestion soumise au contrôle de celui-ci. En conséquence, les marchés et les contrats passés par la Cinémathèque française, pour un montant égal ou supérieur aux seuils fixés par le ministre chargé de l'économie, sont soumis aux règles de publicité et de concurrence prévus par la loi susvisée de 1991, et doivent en outre respecter les règles de transparence et le principe de non-discrimination résultant du Traité instituant la Communauté européenne.

Sur les quatrième et cinquième questions :

La réponse apportée à la deuxième question ne dispense pas le ministre de la culture et de la communication de devoir s'interroger sur la question de savoir si les relations, notamment financières, entre le C.N.C. et la Cinémathèque française, devraient être qualifiées de délégation de service public ou de marché public et si, par suite, le C.N.C. devrait être tenu, pour conclure avec la Cinémathèque française une convention annuelle de subvention conforme aux prescriptions de l'article 10 de la loi susvisée du 12 avril 2000, de respecter les règles de passation et d'exécution définies par le code des marchés publics ou par la loi du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Selon l'article 1^{er} du code des marchés publics annexé au décret susvisé du 15 janvier 2004 « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Il résulte de ces termes mêmes que ne peut être qualifié de marché public qu'un contrat conclu à titre onéreux par une personne publique en vue d'acquérir des biens, travaux ou services dont elle a besoin, qui stipule une rémunération ou un prix ayant un lien direct avec la fourniture d'une prestation individualisée à la collectivité contractante ou avec l'entrée de biens dans son patrimoine.

Comme il a été dit précédemment, la mission de la Cinémathèque française, qui ne sera pas modifiée du fait de son installation au 51 rue de Bercy, est de conserver, restaurer, étudier et mettre à la disposition du public les collections cinématographiques qu'elle a acquises ou qui lui sont confiées. Si cette mission revêt, dans les conditions où elle est exercée, le caractère d'un service

public culturel, ni l'Etat, ni le C.N.C., ne sont titulaires d'un droit patrimonial sur tout ou partie des collections de la Cinémathèque, de nature à établir que celle-ci leur fournirait une prestation individualisée en les gérant. Il y a lieu de relever également que si l'immeuble du 51 rue de Bercy a été acquis par l'Etat dans le but de l'affecter à la Cinémathèque pour lui permettre d'exercer son objet statutaire, sa mise à disposition n'a pas pour contrepartie une prestation individualisée rendue à l'Etat en sa qualité de propriétaire de l'immeuble. Par ailleurs, le respect des stipulations de la convention d'objectifs mentionnée ci-dessus, lesquelles ont pour objet de garantir que la Cinémathèque fait de sa subvention un usage conforme à l'intérêt général, comme le prévoit au demeurant son objet statutaire, ne constitue pas, par lui-même, la fourniture d'une prestation individualisée au C.N.C.

Il n'y a donc pas lieu, pour le C.N.C., de soumettre le contrat de subvention qu'il passe avec la Cinémathèque française à la réglementation applicable aux marchés publics.

La délégation de service public est, selon la définition qui en est donnée par l'article 38 de la loi susvisée du 29 janvier 1993, « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Constitue une telle prestation individualisée la prise en charge, par le co-contractant, d'un service public relevant de la responsabilité de la collectivité contractante en vertu d'une obligation légale ou créée à son initiative.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obligation à l'Etat d'assurer la conservation du patrimoine cinématographique dont la Cinémathèque assume la charge. La mission remplie en ce domaine par cette institution privée, sous sa responsabilité, ne procède pas non plus d'un acte contractuel par lequel l'Etat lui en aurait confié expressément l'accomplissement.

La mission exercée par la Cinémathèque ne correspond donc pas à une dévolution de la part de la puissance publique d'un service public. Elle s'analyse en la reconnaissance par l'Etat du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association, assortie d'un droit de regard étendu sur ses activités et d'une contribution financière importante accordée annuellement par le canal du C.N.C.

S'il en découle présentement l'exécution par la Cinémathèque d'une mission de service public culturel, celle-ci n'implique pas, dans les conditions où elle est accomplie, que la convention d'objectifs définissant l'objet, le montant et les modalités générales d'emploi de l'aide publique qui est consentie à la Cinémathèque, conformément aux prescriptions de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, soit soumise à la réglementation applicable aux délégations de service public.

Compte tenu des observations qui précèdent, il n'y a pas lieu pour le Conseil d'Etat de répondre à la sixième question.