



HAL
open science

La "déqualification" des contrats de mobilier urbain : nouveau recul dans l'exigence de publicité et de mise en concurrence des titres d'occupation domaniale

Christophe Roux

► To cite this version:

Christophe Roux. La "déqualification" des contrats de mobilier urbain : nouveau recul dans l'exigence de publicité et de mise en concurrence des titres d'occupation domaniale. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2013, 2013-6, pp.1403. hal-00992618

HAL Id: hal-00992618

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-00992618>

Submitted on 11 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La « déqualification » des contrats de mobilier urbain : nouveau recul dans l'exigence de publicité et de mise en concurrence des titres d'occupation domaniale

RDP, 2013-6, pp. 1403-1420

« Il est des arrêts qui, sans rien changer à l'état du droit, sont marquants par [leur] immutabilité »¹. C'est en ces termes, non dénués de quelques ironiques arrière-pensées, que s'exprimait un commentateur au sujet de l'arrêt Jean Bouin². On se rappelle que par cette décision le Conseil d'État avait donné un coup d'arrêt à « la tendance lourde »³ visant à étendre l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalables à la délivrance des titres d'occupation domaniale. La haute juridiction administrative avait écarté la présence d'une délégation de service public couplée au titre d'occupation domaniale mais surtout affirmé sans équivoque « qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel ».

Confirmant une jurisprudence bien établie⁴, la décision n'en avait pas moins été jugée assez sévèrement par la doctrine. Analysée comme un statu quo pour le moins insatisfaisant au regard du droit de l'Union européenne et du droit de la concurrence, la décision avait été perçue par certains comme purement casuistique, le Conseil d'État n'ayant eu d'autres alternatives que de « sauver » un contrat menacé, aux termes d'un feuilleton qui n'avait que trop duré⁵. En bref, malgré son apparence de principe, cette décision n'avait pas entamé les positions de la doctrine souhaitant une évolution prétorienne ou législative sur la question⁶. À la lecture de l'arrêt du Conseil d'État du 15 mai dernier⁷, les thuriféraires de la mise en concurrence déchanteront. Confirmant l'arrêt Jean Bouin, le Conseil d'État persiste et signe : il affermit dès lors l'immutabilité du droit interne sur cette question. C'est pourtant sur un autre plan que l'arrêt dérouté : là où la jurisprudence était jusqu'alors chargée de statisme, la décision du 15 mai 2013 n'est pas frappée de la même atonie. Elle entame tout au contraire un spectaculaire retour en arrière — pour ne pas dire un tête à queue — en revenant sur une jurisprudence bien établie au sujet des contrats de mobilier urbain.

Était en cause un contrat passé entre la ville de Paris et la société J.-C. Decaux ayant pour objet l'installation et l'exploitation de 550 colonnes et de 700 mâts porte-affiches sur le domaine public. La ville de Paris s'était spontanément soumise à une procédure de publicité et de mise en concurrence aux termes de laquelle la société J.-C. Decaux avait été retenue. Candidate malheureuse, la société CBS Outdoor avait intenté un référé contractuel auprès du Tribunal administratif de Paris, lequel requalifia la convention en marché public de services. Cette appréciation était notamment fondée sur l'article 10 de la convention prévoyant que le concessionnaire devait réserver un certain nombre de mâts pour la communication de la municipalité et, notamment, celle de ses musées. Renonçant finalement à insérer cette clause, la société J.-C. Decaux se voyait, selon les nouvelles stipulations, confier l'exploitation des supports publicitaires contre le paiement d'une redevance domaniale annuelle fixe et d'une redevance variable indexée sur son chiffre d'affaires. Le cocontractant était par ailleurs subordonné au respect de certaines obligations : de nombreux mâts devaient être affectés à l'affichage des théâtres, des cirques et des cinémas « d'art et d'essai » moyennant des prix préférentiels ; la ville se réservait aussi le droit de contrôler et de sanctionner son cocontractant. Nullement découragé, le requérant

introduisit un nouveau recours auprès du Tribunal administratif de Paris qui fit droit à sa demande en estimant que la convention d'occupation du domaine public était assortie d'une délégation de service public⁸. En appel, la Cour administrative de Paris avait certes censuré l'appréciation du Tribunal, mais, suivant les conclusions de son rapporteur public, elle avait retenu que le contrat litigieux devait être requalifié en marché public⁹.

Le Conseil d'État avait donc à connaître à nouveau de la question alors que, par le passé, trois qualifications différentes du contrat de mobilier urbain avaient été reconnues. Il était admis jusqu'alors que lorsque les contrats de mobilier urbain sont assortis d'une prestation de services répondant aux besoins de la collectivité publique, la qualification de marché public s'imposait¹⁰. Par deux arrêts d'assemblée¹¹, le Conseil d'État avait retenu cette appréciation, l'existence d'une délégation de service public étant écartée. Le critère de l'onérosité du contrat n'avait pas été un obstacle : constituait un marché public le contrat par lequel une collectivité achetait à une société du mobilier urbain et des prestations avec pour contrepartie l'autorisation d'exploiter ces ouvrages à des fins publicitaires et l'exonération de redevance domaniale. Le particularisme de l'arrêt tenait cependant ici à l'objet même du contrat : avait-il pour finalité de confier une mission de service public ? Répondait-il a minima aux besoins propres de la collectivité publique ? Devait-il alors, en l'absence de ces éléments, être qualifié de simple convention d'occupation domaniale ?

Conformément aux conclusions de son rapporteur public¹², c'est finalement cette dernière solution qui a emporté la conviction du Conseil d'État, ce dernier réitérant alors son appréciation selon laquelle aucun texte, ni aucun principe n'impose d'organiser une procédure transparente préalable à la délivrance des « purs » titres d'occupation domaniale. Autant le dire immédiatement, cette solution n'emporte pas l'adhésion. Si l'on considère la qualification retenue (ou, plutôt, les qualifications écartées), le Conseil d'État opère en réalité une véritable « déqualification » des contrats de mobilier urbain en rejetant successivement la présence d'une délégation de service public et d'un marché public (I). Cette approche est d'autant moins appropriée qu'elle semble aller à rebours des évolutions du droit de la commande publique européen et de l'exigence de transparence (II).

I. — UNE « DÉQUALIFICATION » DES CONTRATS DE MOBILIER URBAIN

Compte tenu de l'attractivité du droit de la commande publique, la requalification des conventions domaniales par le juge administratif est une pratique relativement courante. Pourtant, en dépit de la multiplicité de l'objet contractuel en cause, le Conseil d'État va rejeter successivement le couplage avec une délégation de service public (A) et un marché public (B).

A. — L'absence de couplage avec une délégation de service public

Suivant la jurisprudence selon laquelle le juge administratif n'est pas tenu par la qualification des parties et peut, afin d'en révéler la « réalité économique »¹³, se référer aux éléments contractuels et extracontractuels manifestant l'intention des parties¹⁴, le Tribunal administratif avait décelé dans le contrat litigieux une délégation de service public. Sans être inédite¹⁵, cette appréciation concernant les contrats de mobilier urbain n'avait plus été défendue depuis les arrêts J.-C. Decaux. Plusieurs facteurs facilitent cependant la liaison entre conventions domaniales et délégation de service public. Le caractère extensif de la notion de service public ou le fait que le titre d'occupation comporte des clauses assurant les lois du service public contribuent ainsi à la requalification. La destination du domaine public, affecté à un service public, peut encore accentuer cette liaison, l'occupation privative pouvant elle-même réaliser l'affectation. Souvent affirmée en doctrine¹⁶, rarement démontrée¹⁷ ou entérinée par le juge administratif¹⁸, l'assimilation de la gestion du

domaine public à une activité de service public peut encore jouer en faveur de cette requalification. Il est parfois mis à la charge des occupants des obligations spécifiques tels que l'entretien et la conservation de la dépendance avec, en contrepartie, l'octroi de prérogatives de puissance publique rattachables à la gestion domaniale¹⁹. En bref, il existait une « tendance extensive à reconnaître l'existence de délégations de service public dans les actes portant concession d'occupation du domaine public »²⁰. Elle se justifiait au regard d'un environnement juridique imprégné des logiques de transparence : il existait une tentation de faire des délégations de service public une « catégorie attrape-tout »²¹ permettant d'éviter que la passation des titres d'occupation domaniale n'échappe à cette logique.

C'est dans cette vision extensive que s'était résolument placé le Tribunal administratif de Paris. Ce dernier s'était fondé sur plusieurs indices. Le juge avait accordé une importance conséquente à la délibération attaquée : il en avait déduit qu'elle faisait état de « la volonté [de la ville] de pérenniser et de renforcer la promotion de l'activité culturelle parisienne », cette appréciation étant confortée par « une tarification de l'affichage destinée à garantir une pluralité de représentation des différents acteurs culturels et notamment une tarification préférentielle au profit des théâtres ». Le Tribunal ajoutait qu'une part « substantielle » des colonnes et mâts porte-affiches était soumise à une tarification préférentielle. En outre, le Tribunal avait été attentif aux stipulations contractuelles : il en ressortait que les emplacements des mobiliers seraient déterminés en concertation par la ville et le cocontractant ; les stipulations prévoyaient par ailleurs un contrôle de la ville sur son cocontractant et d'éventuelles sanctions en cas de méconnaissance des obligations susvisés. La Cour en concluait alors, conformément à la jurisprudence APREI²², que la ville de Paris avait entendu confier une mission de service public à la société J.-C. Decaux.

Censurée en appel, cette appréciation va l'être à nouveau par le Conseil d'État qui va estimer que si la délibération attaquée a été motivée par l'intérêt général, elle ne manifeste aucunement la volonté de la commune de créer un « service public de l'information culturelle » dont serait chargé le cocontractant. On se rappelle que, par son arrêt Jean Bouin, le Conseil d'État avait opéré une césure entre la méthode de circonscription de l'activité liée à un contrat et celle où l'activité est au contraire déliée de cette problématique²³. Si, aux termes de l'arrêt APREI, la nature de l'activité confiée peut se vérifier au regard de tous les indices révélant l'intention des parties, le Conseil d'État n'avait manifestement pas souhaité étendre cette méthode à la qualification des contrats. La doctrine avait alors souligné combien cette distinction reposait sur « une part d'artifice car l'opération de qualification du contrat absorbe, intègre et finalement se confond avec la qualification de l'activité, tout au moins lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la réalisation du critère matériel de la délégation de service public »²⁴. Ici le constat que nous dresserons est plus optimiste : le Conseil d'État ne s'en est pas tenu aux seules stipulations contractuelles puisqu'il se réfère à la délibération autorisant la signature du contrat. Cependant, il n'y perçoit que la volonté d'assurer une mission d'intérêt général. Cette appréciation n'est pas sans faire écho à une décision où le Conseil d'État avait estimé que si un restaurant situé dans le Bois de Boulogne contribuait « à l'accueil de touristes dans la capitale » et concourait ainsi « au rayonnement et au développement de son attrait touristique », cette seule circonstance n'était pas suffisante pour emporter dévolution d'une mission de service public²⁵. Sur le fond, l'appréciation du Conseil d'État doit être approuvée. Elle suscite cependant quelques réserves en confirmant les différents risques que laissait apparaître la décision Jean Bouin.

On avait relevé que cette décision pouvait être lue par les collectivités publiques comme « une sorte de vadémécum leur permettant d'échapper à la qualification ou à la requalification de leur contrat en délégation de service public »²⁶. De fait, pour échapper aux procédures de transparence, les collectivités pouvaient être tentées d'insérer dans des documents extérieurs au contrat l'ensemble

des obligations de service public qu'elles souhaitent imposer à leur cocontractant. Certains propos donnaient de l'épaisseur à cette hypothèse. Pierre-Eric Spitz, directeur des affaires juridiques de la ville de Paris, notait ainsi « l'extrême attention de la part des services de la ville dans la rédaction du contrat de manière à ce que celui-ci ne subisse pas des requalifications en délégation de service public de la part du juge » ou, encore, la volonté d'écarter « la délégation de service public dont la ville ne voulait pas alors qu'elle pouvait sembler naturelle »²⁷. Certes, ici, rien ne laisse supposer que la ville ait entendu insérer des obligations de service public dans des documents extérieurs au contrat. Cependant, la ville de Paris avait antérieurement décidé de retirer certaines stipulations contractuelles imposant de réserver des mâts pour la communication de la municipalité. Certains pourront y déceler une stratégie d'éviction permettant de passer outre les procédures transparentes préalables.

On s'intéressera pour finir à la motivation du Conseil d'État selon lequel, par cette convention, la Ville a souhaité « seulement utiliser son domaine conformément aux prescriptions légales régissant les colonnes et mâts porte-affiches pour permettre une promotion de la vie culturelle à Paris », l'arrêt ajoutant que cet objectif est conforme à « l'intérêt de la gestion du domaine ». Cette appréciation n'est pas nouvelle : il est constant que le gestionnaire domanial peut assortir l'autorisation d'occupation d'un certain nombre d'obligations que la jurisprudence relie à l'intérêt du domaine, de son affectation ou à l'intérêt général²⁸. Déjà retenue dans l'arrêt Jean Bouin, cette approche visant à systématiquement relier les objectifs du contrat aux pouvoirs de gestion domaniale pour édulcorer les finalités d'intérêt général nous paraît toutefois quelque peu artificielle. Les biens publics ne sont qu'un support de l'action administrative, leur fonction étant de répondre à la satisfaction de l'intérêt général. Peut-on alors raisonnablement « dissimuler » ces finalités derrière les seules prérogatives domaniales ? Il paraît tout aussi concevable de relier ces finalités à un service public compte tenu de la difficulté à distinguer ce qui a trait à la gestion domaniale de ce qui a trait à l'exécution d'un service public. Cet argument est d'autant plus recevable que le Conseil d'État entretient cette confusion. Il fait par la suite référence à « l'affectation culturelle » du mobilier urbain. Est-ce pour signifier que le mobilier urbain appartient au domaine public en raison de son affectation au service public culturel ou de l'information culturelle ? De fait, il paraît difficile de reconnaître la domanialité publique de ces biens par une autre voie. Si l'on pouvait songer à la théorie de l'accessoire, l'article L. 2111-2 CGPPP exige désormais un lien matériel mais aussi fonctionnel entre l'accessoire et la dépendance. Or, ce lien fait précisément défaut s'agissant des panneaux publicitaires. Si l'on veut bien combiner les divers éléments de la décision, on en arrive à la situation un peu absurde où le mobilier urbain possède une affectation culturelle... sans qu'il n'y ait visiblement existence d'un quelconque service public, ni volonté de le confier. Le couplage avec une délégation de service public étant écarté, on s'attendait néanmoins à ce que le Conseil d'État confirme leur caractère de marché public...

B. — L'absence de couplage avec un marché public

Conformément à l'article 1 du Code des marchés publics, il est admis qu'on est en présence d'un marché public dès lors que deux éléments sont satisfaits : le contrat doit répondre à un besoin propre du pouvoir adjudicateur et il doit être passé à titre onéreux. Bien que la présence des deux critères ait été rejetée successivement par le Conseil d'État, il ressort des conclusions du rapporteur public que c'est essentiellement l'absence du premier qui a été déterminante.

S'agissant du critère de l'onérosité du contrat tout d'abord, les faits d'espèce revêtaient certaines spécificités : si la contrepartie offerte au cocontractant résidait bien dans le droit d'exploiter à des fins publicitaires les colonnes et mâts, la ville de Paris n'avait pas entendu se priver de la perception de redevance. Les faits n'étaient cependant pas novateurs, le Conseil d'État ayant eu déjà à connaître

d'un tel cas²⁹. Il avait jugé cette circonstance indifférente, peut-être séduit par les propos de son rapporteur public, Didier Casas, qui l'invitait à ne pas apporter d'exceptions « à l'encre à peine sèche » de ses arrêts d'assemblée³⁰. C'est toutefois un autre argument qui avait visiblement emporté la persuasion des juges à l'époque : les décisions d'Assemblée étant rédigées de façon générale, elles ne semblaient pas imposer que le cocontractant se voit à la fois confier l'exploitation des supports publicitaires et exonéré du paiement de redevances.

Le Conseil d'État a considéré ici que, en autorisant la perception de redevances fixe et variable, la convention « ne prévoit ni la renonciation de la personne publique à percevoir des redevances ni la perception de redevances inférieures à celles normalement attendues du concessionnaire ». L'arrêt ajoute également « que la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique ». L'argumentation laisse la sensation étrange selon laquelle, dans cette convention, il n'y aurait aucune obligation et, ce faisant, aucune contrepartie réciproque à la charge des parties. Cette impression provient du caractère masqué de l'objet du contrat dans la décision. Or, la collectivité exige l'édification et l'entretien de 550 colonnes et 700 mâts porte-affiches sur son domaine public. Qu'elle soit qualifiée de service public ou non, la prestation de services existe et, bien entendu, elle n'est pas assurée dans un but philanthropique. Le contrat est donc passé à titre onéreux, si l'on veut bien rendre au terme sa signification. En fait, le Conseil d'État semble rejeter cette approche car le cocontractant n'est pas dispensé du paiement de redevances : la société n'est pas allégée de sa charge par la collectivité publique ; elle assure sa rémunération uniquement de l'exploitation des colonnes publicitaires, c'est-à-dire auprès des annonceurs. Dans l'autre sens, la collectivité publique ne renonce à aucune recette et cette prestation n'entraîne aucune dépense à sa charge : il n'y a donc pas, directement ou indirectement, versement d'un prix. L'argumentation est alors implacable... sauf si l'on accepte de se reporter à sa deuxième branche. Si l'on veut bien concevoir que, par elle-même, la circonstance que l'occupant exerce une activité économique n'entraîne pas ipso facto abandon de recettes, on peut légitimement s'interroger sur un point. Si la gestion et l'exploitation des colonnes publicitaires étaient assurées en régie par la ville de Paris, celle-ci ne percevrait-elle pas des recettes auprès des annonceurs ? Dans cette hypothèse, il faut bien admettre que l'externalisation de cette activité entraîne indirectement abandon de recettes de la part de la collectivité publique.

L'appréciation aurait pu être renversée si le Conseil d'État avait admis que le contrat satisfaisait aux besoins propres de la ville. Or, selon lui, cette activité de promotion des activités culturelles ne concerne pas des activités « menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte ». L'argument semble à première vue imparable : force est de constater que l'affichage des manifestations culturelles bénéficiera aux opérateurs qui assurent ses missions. Pour ne pas être inexacte, cette présentation de l'objet du contrat nous semble quelque peu détournée. Peut-on oublier que, à défaut d'être principal, l'objet premier de la convention est de confier l'installation et l'entretien du mobilier urbain ? N'est-ce pas alors dans l'intérêt et pour répondre aux besoins propres de la ville de Paris que ce contrat a été signé ? Si les colonnes et mâts publicitaires font partie du domaine public, ils doivent corrélativement faire l'objet d'une obligation d'entretien qui a un coût³¹. À supposer admise l'absence de service public, la convention a aussi pour finalité la valorisation des dépendances et l'intérêt patrimonial de la collectivité puisque celle-ci percevra des redevances. Ensuite, à l'issue de la convention, la ville de Paris sera propriétaire des biens édifiés et elle aura bénéficié de leur entretien pendant la durée du contrat. Le Conseil d'État masque d'ailleurs partiellement cette perspective puisqu'il estime par la suite que c'est régulièrement que la ville de Paris a fait usage de ses pouvoirs de gestion domaniale, dans « l'intérêt du domaine ». Or, derrière cette « formule creuse »³², Philippe Yolka a justement démontré que se cachait en réalité l'intérêt du gestionnaire domanial lui-même.

On sait que l'intérêt financier des collectivités publiques ne constitue pas traditionnellement une composante de l'intérêt général³³. À l'heure de l'objectif de valorisation des propriétés publiques, cette appréciation mériterait réévaluation, a minima, clarification. Si l'on admet que l'intérêt patrimonial ne constitue pas une facette de l'intérêt général, on se demande alors comment une simple convention domaniale abritant cette seule finalité peut être licite. Ce serait admettre que les personnes publiques peuvent s'affranchir de l'intérêt général et qu'elles peuvent agir dans leur intérêt propre. Or, de deux choses l'une. Soit, les personnes publiques n'ont ni intérêt propre, ni, rigoureusement parlé, de besoins propres : elles ont des compétences, des missions, des moyens au service de ces missions, lesquels sont entièrement objectivés par un intérêt qui les dépasse : l'intérêt général³⁴. Il serait peut-être temps de concéder alors que, même lorsqu'elles agissent en vue de satisfaire « leur » intérêt patrimonial, les gestionnaires agissent dans l'intérêt général. Aussi, puisque la convention avait aussi pour but de contribuer au rayonnement culturel de la ville, il n'apparaît pas choquant de considérer que l'externalisation de cette mission emportait dévolution d'un service public. Soit l'on considère que l'intérêt patrimonial satisfait l'intérêt propre des collectivités publiques : c'est alors admettre que la convention en cause permettait à la collectivité, à l'instar des actes de gestion du domaine privé, « d'exister pour soi et non seulement pour le public [et] de se procurer des ressources financières par tous les moyens possibles »³⁵. Dit autrement, il faudrait considérer que la collectivité a entendu satisfaire ses besoins propres et qu'elle aurait donc dû passer un marché public.

La solution à laquelle parvient le Conseil d'État ne satisfait guère car elle se positionne dans l'interstice de ces deux conceptions : les contrats de mobilier urbain ne sont pas des délégations de service public faute d'un intérêt général et d'obligations de service public caractérisés ; ils ne sont pas davantage des marchés publics faute de répondre aux besoins de la ville dont l'intérêt économique est mis de côté. L'arrêt tend ainsi à emprisonner l'acte de gestion domaniale dans sa singularité : l'arrimer aux contrats de la commande publique aurait pour effet d'occulter son fondement patrimonial spécifique³⁶. À l'instar de la jurisprudence Jean Bouin, la solution d'espèce repose à nouveau « sur cette idée que l'Administration doit pouvoir se comporter à l'instar d'un propriétaire privé, libre de choisir son « locataire » comme bon lui semble », ce qui est en effet « concevoir, de la personnalité et de l'intérêt publics, une vision discutable »³⁷. Certes, les faits d'espèce sont particuliers à tel point qu'on ne peut généraliser cette solution à l'ensemble des contrats de mobilier urbain. Certes encore, le Conseil d'État a probablement été influencé par le fait que l'objet principal de la convention n'est ni d'assurer la gestion d'un service public, ni de répondre aux besoins propres de la collectivité publique. Mais, peut-on soutenir que l'objet principal du contrat résidait dans l'occupation du domaine public ? Peut-on surtout considérer, dans la logique de l'arrêt Jean Bouin, que l'occupation domaniale était le « seul objet » de la convention ? Cela semble clairement discutable. Dans cette hypothèse, si l'on s'en tient à une lecture constructive du considérant de principe de l'arrêt Jean Bouin, il faut bien admettre alors que l'adoption de procédure transparente en amont était nécessaire.

Le constat n'est pas nouveau : les contrats portant sur la propriété publique ont du mal à se fondre dans la catégorie des contrats de la commande publique, ces conventions constituant une sorte de « troisième voie »³⁸ alternative aux marchés publics et aux délégations de service public. Mais, si l'on veut bien admettre leur particularisme, l'analyse démontre aussi leur proximité réelle avec les catégories existantes. Plus que jamais alors, cette « troisième voie » devrait s'enrichir d'un principe : celui de publicité et de mise en concurrence préalables. Or, en réitérant le principe selon lequel aucun principe ni aucun texte ne l'exige, le Conseil d'État continue de se positionner à contre-courant juridique.

II. — UNE SOLUTION JURIDIQUEMENT À CONTRE-COURANT

En écartant la présence d'une délégation de service public et d'un marché public, le Conseil d'État n'a pas seulement rejeté les catégories contractuelles françaises ; il a aussi ignoré les catégories contractuelles communautaires qui poussent en faveur de la requalification (A). Discutable au regard des qualifications communautaires, la décision l'est aussi quant à l'exigence de transparence préalable à la délivrance des titres d'occupation domaniale (B).

A. — Une solution discutable au regard des qualifications contractuelles communautaires

Bien qu'elle n'ait pas fait l'unanimité à l'époque, la solution issue des arrêts d'assemblée de 2005 avait l'immense mérite de sécuriser la passation des contrats de mobilier urbain en imposant de suivre les procédures contraignantes du Code des marchés publics. Elle permettait a minima aux collectivités publiques d'éviter tout risque de requalification, notamment au regard du droit de l'Union européenne. En retenant que les contrats de mobilier urbain peuvent constituer de simples conventions domaniales, l'arrêt du 15 mai 2013 a considérablement fragilisé un édifice qui assurait la sécurité juridique de ces conventions. La décision la fragilise d'autant plus qu'elle semble aller à rebours de l'évolution affectant les catégories contractuelles communautaires. Le droit de l'Union européenne a accentué son emprise sur les qualifications contractuelles nationales en conférant d'abord un champ extensif aux concessions et aux marchés publics. L'attractivité des règles communautaires s'explique en outre par le caractère exclusif de la dichotomie opérée entre marchés et concessions, celle-ci laissant entendre que, au niveau communautaire, tout ce qui n'est pas marché est concession et vice-versa, les conventions domaniales étant invitées à se fondre dans cette dialectique.

D'abord, le Conseil d'État s'est essentiellement placé au niveau de l'objet de la convention pour récuser à la fois la présence d'une délégation de service public et d'un marché public, la convention ne répondant pas aux besoins propres de la collectivité publique. Cet attachement porté à la détermination de l'objet du contrat n'apparaît pas en phase avec le droit de l'Union européenne lequel distingue concession et marché par la seule différence de rémunération du cocontractant. Ainsi une concession de service ou de travaux se définit comme « le contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public » de travaux ou de service, seul le mode de rémunération différant³⁹. On a fait état par ailleurs de la profonde transformation que subissait le droit de la commande publique : auparavant centré sur la demande publique et les besoins des pouvoirs adjudicateurs, il se transformerait en un droit de l'offre axé vers les soumissionnaires à la commande publique⁴⁰. De fait, aujourd'hui, l'application du principe de transparence semble davantage liée à la nature du cocontractant et de l'activité confiée. La directive 2004/18/CE et le Code des marchés publics subordonnent l'existence d'un tel marché au fait que le cocontractant possède la qualité « d'opérateur économique ». Bien que malaisée à définir, cette notion se rapproche singulièrement de celle d'entreprise puisqu'il s'agira de s'intéresser à la nature matérielle de l'activité gérée par le cocontractant, à savoir une activité économique⁴¹. Cette nouvelle approche paraît dès lors susceptible d'intégrer les titres domaniaux dans le champ de la commande publique dès lors que l'occupant exerce une activité économique. C'est d'ailleurs en ce sens que s'était prononcé le Tribunal administratif de Paris⁴² : sans requalifier le BEA d'espèce au regard des missions connexes dont il aurait été assorti, le Tribunal avait estimé que le contrat transférait une activité économique au profit d'un opérateur ce qui justifiait la soumission à de telles procédures. Forcément si l'on revient aux faits d'espèce, une transposition de cette jurisprudence aurait rendu exigible une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable.

Les risques de requalification sont encore nombreux au regard de la catégorie des concessions de services. Celle-ci ne rejoint que partiellement la notion française de délégation de service public : la

notion communautaire n'exige aucunement la présence d'un service public mais l'existence d'une prestation répondant aux besoins propres du pouvoir adjudicateur. Or, ici, au vu des obligations d'intérêt général imposées au cocontractant, de l'obligation d'entretien des mâts porte-affiches, on peut raisonnablement douter de la solution adoptée. Si ces concessions sont encore soumises au régime ad hoc de la jurisprudence *Telaustria*⁴³, elles devraient subir prochainement un encadrement plus rigoureux. Une proposition de directive va en ce sens⁴⁴ ; celle-ci confirme que l'existence d'un service public est indifférente à cette qualification. La même dilatation a encore affecté la catégorie des marchés et des concessions de travaux. La CJUE a par exemple requalifié en marché public de travaux les concessions d'aménagement⁴⁵. Plus encore, par son arrêt *Helmut Muller*, la Cour a estimé que la notion de « marchés de travaux » n'exigeait pas que les travaux soient exécutés pour le compte du pouvoir adjudicateur : il suffira qu'ils aient été réalisés dans l'intérêt économique de ce dernier pour qu'il en aille ainsi⁴⁶. La notion de marché public de travaux ne suppose donc plus nécessairement une prestation au profit du pouvoir adjudicateur, ni même l'onérosité à la charge de ce dernier⁴⁷.

L'arrêt *Helmut Muller* possède toutefois une limite : ne présente pas un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur le contrat ne visant qu'à « satisfaire un objectif d'intérêt général dont il incombe au pouvoir adjudicateur d'assurer le respect ». Transposé aux faits d'espèce, comme *Bertrand Dacosta* invitait à le faire, cette limite a sans doute emporté l'adhésion des juges : il faut convenir que la volonté de satisfaire l'intérêt général (promouvoir l'activité culturelle) était prégnante et assimilable à celle présente dans l'arrêt *Helmut Muller* (servir le développement et la cohérence urbanistique). L'analogie s'arrête cependant là. D'abord, il n'est pas certain que l'arrêt de la Cour de Justice puisse être lu comme excluant la présence d'un intérêt économique direct dès lors que le contrat a pour but de satisfaire un intérêt général. Ensuite, là où l'intérêt économique de la collectivité allemande se limitait au développement urbanistique mais aussi à l'attractivité de la cité, ici, la ville de Paris possède un intérêt économique plus perceptible : si la convention assure le rayonnement culturel de la ville (donc son attractivité), elle lui permet aussi de percevoir des redevances importantes, de valoriser son domaine, de bénéficier de constructions et de leur entretien. Enfin, là où la collectivité allemande devait juste délivrer une autorisation d'urbanisme, il était spécifié ici que la ville de Paris déterminerait en concertation avec son cocontractant l'emplacement des colonnes et mâts porte-affiches ; un pouvoir de contrôle et de sanction lui était par ailleurs attribué. Si le rapporteur public n'a perçu qu'un droit de regard légitime s'agissant du premier élément, et la manifestation d'un pouvoir inhérent aux contrats administratifs s'agissant du second, on admettra que la frontière est quand même tenue entre ces prérogatives et la détermination, par le pouvoir adjudicateur, de ses besoins propres.

Pour finir, le critère de la rémunération a fait l'objet d'une mutation sans précédent : la Cour de Justice admet qu'on peut être en présence d'un marché public alors que les prestations en cause ne satisfont pas directement les besoins propres de l'Administration et que le prix n'est pas à sa charge mais supporté par les tiers destinataires de la prestation⁴⁸. Comme le concédait *Bertrand Dacosta*, cette approche a déjà été reprise en droit interne⁴⁹ : n'aurait-elle pas dû être retenue en l'espèce ? Il est exact que le « prix » du marché sera supporté par les clients et usagers finaux ; mais cette circonstance n'est pas de nature à faire obstacle à la qualification de marché public. On a pu s'émouvoir des « dérives de la notion de marché public », la dilatation de la notion fragilisant les fondements et finalités de ces contrats⁵⁰. Cette inquiétude est légitime ; le fait que les contrats de mobilier urbain échappent à toute logique de transparence l'est aussi. Certes, dans la logique de l'arrêt *Port autonome de Marseille*⁵¹, et parce qu'il existait probablement un doute raisonnable, tel n'avait pas été le cas, la ville de Paris ayant délibérément choisi de se soumettre à une procédure ad hoc. Si cette circonstance a certainement pesé dans l'esprit du juge administratif, la solution qu'elle emporte reste dangereuse. Elle aurait été moins discutable si le Conseil d'État avait estimé que cette

« simple » convention domaniale devait quand même être subordonnée à des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables. Tel n'a pas été le cas alors que de nombreux principes militent en faveur d'une telle évolution.

B. — Une solution fragile au regard des fondements de l'exigence de publicité et de mise en concurrence

Quoiqu'il existe des exceptions⁵², il faut convenir « qu'aucune disposition législative ou réglementaire » n'impose en l'état du droit une obligation de publicité et de mise en concurrence préalables à la délivrance des titres d'occupation domaniale. On sera en revanche beaucoup plus circonspect quant à l'appréciation selon laquelle « aucun principe » ne l'exige. Plusieurs fondements ont déjà été proposés par la doctrine : le cadre de la présente étude ne permet pas de les étudier avec exhaustivité. Aussi, nous nous contenterons de brèves remarques.

Certains auteurs ont notamment avancé que la délivrance des titres d'occupation domaniale pourrait se rattacher au régime du droit de la commande publique. Il faut dire que plusieurs jugements en droit interne semblaient entériner cette liaison en mobilisant la notion de pouvoir adjudicateur⁵³. Toutefois, cette appréciation a été combattue au soutien de deux arguments. D'une part, les conventions domaniales ne sauraient entrer dans le giron du droit de la commande publique car leur délivrance ne place pas les gestionnaires en situation de demandeurs mais en situation d'offres sur le marché. En délivrant de telles autorisations, les gestionnaires domaniaux ne formuleraient aucune demande destinée à satisfaire leurs besoins ce qui, ipso facto, devraient les exclure du champ de la commande publique. D'autre part, le droit de la commande publique a pour finalité la protection des deniers publics ; or, en l'espèce, les collectivités publiques se positionneraient dans une logique inversée en percevant des redevances.

On s'attardera guère sur le second argument : dans une perspective renouvelée de valorisation, la contrainte budgétaire peut être admise de manière active mais également passive, la protection des recettes des collectivités publiques étant tout aussi importante que celle des dépenses car les « deniers à percevoir ne valent pas moins que ceux à dépenser »⁵⁴. Aussi fondé qu'il soit, le premier argument n'emporte pas la conviction : certes, comme tendrait à le démontrer le présent arrêt, il existe des hypothèses où les collectivités ne commanderaient rien et se trouveraient uniquement en position « d'offres de dépendances domaniales ». L'analyse que nous venons de mener suffit au moins à entretenir un certain doute sur cette réalité. Cette dernière est d'ailleurs protéiforme : il est des hypothèses où les gestionnaires domaniaux ne formulent aucune offre et se contentent de répondre à la demande spontanée des opérateurs économiques⁵⁵. Plus probant surtout, il est des hypothèses où les gestionnaires domaniaux, mus par l'objectif de valorisation, souhaitent attirer des commerçants sur leurs domaines, la relation de dépendance s'inversant. Ne peut-on pas alors, comme en l'espèce, soutenir que les collectivités publiques se trouvent en position de demandeur sur le marché et donc soumises aux règles de la commande publique ?

Le droit de la concurrence a également été présenté comme le fondement, parfois unique, de cette exigence. Il est exact que le droit de la concurrence constitue un facteur incitatif : depuis que les gestionnaires domaniaux sont dans l'obligation de respecter le droit de la concurrence⁵⁶, il semble que « la meilleure façon de prévenir une situation anticoncurrentielle en aval est d'organiser la concurrence en amont »⁵⁷. Néanmoins, s'il est exact que le choix de se lier par une procédure ouverte, non-discriminatoire, fondée sur des critères objectifs attesterait que le gestionnaire domaniale n'a pas entendu faire usage de sa position dominante, il paraît hasardeux de considérer que le droit de la concurrence impose par lui-même une telle exigence. Quant aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE, prohibant les abus de position dominante, ils ne semblent

pas imposer en tant que tels cette évolution. Ainsi, par exemple, en retenant l'offre la plus avantageuse d'un occupant de telles procédures peuvent fausser la concurrence en privilégiant les opérateurs les plus puissants et les plus riches et, de ce fait, conforter leur position dominante sur le marché.

C'est dans le droit de l'Union européenne que réside toujours le principe d'une telle évolution. On s'est notamment appuyé sur la vocation accueillante de la jurisprudence *Telaustria* pour estimer que l'obligation minimale de publicité et de mise en concurrence valait pour l'ensemble des contrats publics. Pour contrer cet argument, on a fait valoir que, jusqu'à présent, les juridictions communautaires ne l'ont appliqué qu'à des concessions de services⁵⁸ ou des marchés publics⁵⁹ sans jamais l'étendre aux conventions domaniales, sa portée restant donc cantonnée à la commande publique ou aux contrats dont l'objet principal est relié au droit de la commande publique⁶⁰. Pour être conforme à l'état du droit positif, cette position doit être nuancée si l'on consent à faire « le (petit) effort consistant à tirer les conséquences du fait que la solution *Telaustria* trouve son fondement “dans les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en particulier” »⁶¹. Or, la portée de ces fondements ne se limite pas aux seuls contrats de la commande publique. Trouvant son fondement dans le principe d'égalité, de non-discrimination et dans les libertés de circulation communautaires, le principe de transparence a indéniablement vocation à s'appliquer aux titres d'occupation domaniale. D'une part, l'accès à la propriété immobilière et aux moyens de production est une composante de la liberté d'établissement⁶² ; dès lors, l'accès aux dépendances domaniales se fonde aisément dans la protection inhérente à la liberté d'établissement. D'autre part, depuis la jurisprudence *Steinhauser*⁶³, la Cour de Justice affirme que la délivrance des titres d'occupation domaniale est subordonnée au respect du principe de non-discrimination ce qui, par prolongement, exige la mise en œuvre de telles procédures.

* * *

Alors même que l'acception selon laquelle rien n'impose la délivrance transparente des titres d'occupation domaniale est loin de faire l'unanimité, la jurisprudence antérieure préservait jusqu'alors des conséquences les plus discutables de cette jurisprudence en opérant la requalification de nombreuses conventions domaniales. Tel était le cas des contrats de mobilier urbain dont la qualification en marché public apparaissait établie. La décision d'espèce est une nouvelle occasion manquée en faveur de la consécration d'une évolution portant sur la délivrance transparente des titres d'occupation domaniale ; surtout, elle surprend par le retour en arrière qu'elle opère. D'aucuns y verront peut-être un appel au législateur afin qu'il se saisisse de cette question. D'autres y verront certainement le peu d'empressement que manifeste le juge administratif à rallier les catégories contractuelles communautaires et les exigences sous-jacentes en termes de transparence qu'elles comportent. Plus inquiets, les derniers estimeront que, « à défaut de tirer les conséquences législatives de cette primauté du droit européen », les autorités françaises pourraient bientôt « en subir les foudres contentieuses »⁶⁴.

(1) G. Eveillard, note sous CE, sect., 3 déc. 2010, Assoc. Paris Jean Bouin, JCP G, 2 mai 2011, doct. 537.

(2) CE, sect., 3 déc. 2010, Ville de Paris et assoc. Paris Jean Bouin, no 338272, Dr. adm., 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; BJC, no 74, p. 36, concl. N. Escaut ; AJDA, 2011, p. 21, note E. Glaser ; LPA, 26 mai 2011, p. 8, note Ph. Juen ; RJEP, 2011, comm. 20, note C. Maugüe ; RDI, 2011, p. 162, note R. Noguellou et S. Braconnier ; RLC, 2011, no 1737, note G.

Clamour ; JCP A, 2011, no 2043, note C. Devès ; AJCT, 2011, p. 37, note J.-D. Dreyfus ; CMP, 2011, comm. 25, note G. Eckert ; GDDAB 2013, p. 440, note R. Noguellou.

(3) L. Richer, La transparence et l'obstacle, in Mélanges Michel Guibal, Université de Montpellier, 2006, vol. 1, p. 175.

(4) Cf. CE, 26 avr. 1944, Dejean, Leb. 386.

(5) Cf. C. Vautrot-Schwartz, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », CMP, 2012, étude 8.

(6) Cf. notamment Y. Gaudemet, « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques », RAP, 2012, p. 1223 ; S. Nicinski, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », in Mélanges Étienne Fatôme, Dalloz, 2011, p. 373 ; G. Eckert, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in G. Clamour [dir.] Contrats et propriété publics, LexisNexis, 2011, p. 53.

(7) CE, 15 mai 2013, Ville de Paris, no 364593, AJDA 2013, p. 1271, note X. Domino et A. Bretonneau ; CMP 2013, comm. 193, note G. Eckert ; CP-ACCP 2013, no 134, p. 27, obs. E. Langelier et p. 37, obs. E. Roll et G. Saler ; Dr. adm. 2013, comm. 63, note F. Brenet ; RLC 2013, no 2351, note G. Clamour ; RDI 2013, p. 367, note S. Braconnier ; RJEP 2013, comm. 39, concl. B. Dacosta.

(8) TA Paris, 24 avr. 2009, Sté CBS Outdoor, no 0516044/6-1, RLCT, 2009, no 1455, note M. Noël.

(9) CAA Paris, 17 oct. 2012, Ville de Paris, no 09PA03922, AJDA, 2012, p. 2323, concl. S. Dewailly ; CMP, 2012, comm. 327, note G. Eckert.

(10) Cf. CE. sect. int., avis, 14 oct. 1980, no 327449, EDCE, 1981, p. 196 ; CE sect., 6 déc. 1995, Dpt Aveyron, Leb. 428.

(11) CE, 4 nov. 2005, Sté J.-C. Decaux, AJDA, 2006, p. 120, note A. Ménéménis ; Dr. adm., 2006, étude 6, note F. Brenet ; RFDA, 2005, p. 1083, concl. D. Casas.

(12) Nous remercions Bertrand Dacosta de nous avoir communiqué ses conclusions (RJEP 2013, comm. 39).

(13) D. Casas, concl. sur CE, 4 nov. 2005, Sté J.-C. Decaux, no 24798, RFDA, 2005, p. 1083.

(14) Cf. CE, 7 nov. 2008, Dpt de la Vendée, AJDA, 2008, p. 2454, note L. Richer ; CMP, 2008, comm. 296, note G. Eckert ; JCP A, 2008, no 2189, note F. Linditch ; BJCP, 2009, p. 55, concl. N. Boulouis.

(15) Cf. par exemple TA Strasbourg, 20 févr. 2004, no 03-784, Hermann c/ Cté urbaine de Strasbourg, inédit.

(16) En ce sens, cf. R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, 14e éd., t. 2, § 637 : « on ne voit pas pourquoi on ne la considérerait pas comme telle ».

(17) Cf. sur le rejet de cette assimilation Ph. Yolka, *La propriété publique*, LGDJ, 1997, p. 282 et s ; en faveur de celle-ci, P. Lafage, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, thèse dactyl., Université de Savoie, 2000, p. 168-184.

(18) Cf. néanmoins CAA Marseille, 10 mai 2010, Cne de La Ciotat, no 07MA03673 ; CE, 4 oct. 2004, SARL CHT, no 259525, CMP, 2004, comm. 256, note J.-P. Pietri ; CAA Marseille, 16 mai 2000, CCI de Marseille, no 97MA11473.

(19) Cf. CE, 11 déc. 2000, Agofroy, Leb. 200 ; RFDA, 2001, p. 1277, concl. S. Austray.

(20) Rapport du Conseil d'État 2002, *Collectivités publiques et concurrences*, EDCE, 2002, no 53, p. 302.

(21) E. Fatôme, « Le nouveau cadre légal », *AJDA*, 1996, p. 577

(22) CE sect., 22 févr. 2007, APREI, no 264541, *JCP A*, 2007, no 2066, concl. C. Vérot, note M.-C. Rouault ; *AJDA*, 2007, p. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *RFDA*, 2007, p. 803, note C. Boiteau.

(23) R. Noguellou et S. Braconnier, note sous CE, sect., 3 déc. 2010, *Assoc. Jean Bouin, RDI*, 2011, p. 162.

(24) F. Melleray et F. Brenet, note sous CE, sect., 3 déc. 2010, *Assoc. Jean Bouin, Dr. adm.*, 2011, comm. 17.

(25) CE, 12 mars 1999, Ville de Paris, no 168085 ; *BJCP*, 2000, p. 433, concl. C. Bergeal.

(26) F. Melleray et F. Brenet, art., op. cit.

(27) P.-E. Spitz, « Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics : l'exemple de Paris », *AJDA*, 2007, p. 954.

(28) Ce que relève d'ailleurs Bertrand Dacosta. Cf. CE, 19 janv. 2011, CCI de Pointe-à-Pitre, no 341669, *BJCP*, 2011, no 75, p. 101, concl. N. Boulouis ; *AJDA*, 2011, p. 1330, note P. Caille ; *CMP*, 2011, comm. 86, note G. Eckert ; *RLCT*, 2011, no 1865, note E. Glaser ; *Gaz. Pal.*, 20 mai 2011, p. 43, note C. Gisbrant-Boinon.

(29) CE, 28 avr. 2006, Cne. de Toulouse, no 280197, *BJCP*, no 47, p. 268, concl. D. Casas.

(30) *Ibid.*

(31) Le caractère obligatoire de l'entretien est cependant discuté (cf. H. de Gaudemar, « Conservation du domaine public », *J.-Cl. Propriétés publiques*, Fasc. 62., 2012 ; V. Cabrol, « L'obligation d'entretien du domaine public », *Dr. et ville*, 2002, no 52 et 53).

(32) Ph. Yolka, thèse, op. cit., p. 302.

(33) Cf. cependant S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, 2001 ; C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *Économica*, 1981.

(34) Cf. E. Picard, *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental*, *AJDA*, 1998, p. 651 ; J.-M. Pontier, *La liberté contractuelle des personnes publiques*, *AJDA*, 2013, p. 837.

(35) F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 2e éd., t. II, 1839, p. 69.

(36) Cf. en ce sens Ch. Lavialle, *L'acte de gestion domaniale*, *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, p. 265.

(37) Ph. Yolka, *L'offre et la commande*, *JCP A*, 2012, act. 892.

(38) S. Manson, « *L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre* », *RDP*, 2009, p. 19.

(39) Art. 1er, pt. 3 et pt. 2 d) de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, *JOCE*, 30 avr. 2004, no L. 34, p. 14.

(40) Cf. E. Berkani, « *Droit de la concurrence et commande publique : État des lieux d'un vieux couple* », *Concurrences*, 2007-1, p. 58 ; J.-F. Brisson, « *Les offres du secteur public marchand* », in F. Lichère [dir.] *Le nouveau droit des marchés publics*, L'Hermès, 2004, p. 39.

(41) Cf. M. Auvray, « *La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics* », *RLC*, 2008, no 1216.

(42) TA Paris, 30 mai 2007, Préfet de Paris, no 0516131, *BJCP*, 2007, p. 492, concl. J. Delbeque.

(43) CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria*, C-324/98, Rec. I-10745, *BJCP*, 2001, p. 133, concl. N. Fenelly.

(44) Directive du 20 déc. 2011 sur l'attribution des contrats de concession, COM (2011) 897 final.

(45) CJCE, 18 janv. 2007 *Jean Auroux*, C-220/05, Rec. I-385 ; *AJDA*, 2008, p. 2338 note A. Alonso-Garcia ; *JCP A*, 2007, no 2028, note C. Devès ; *CMP*, 2007, comm. 38, note W. Zimmer.

(46) CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Muller*, C-451/08, *CMP*, 2010, comm. 64, note W. Zimmer ; *RDI*, 2010, p. 383, note R. Noguellou ; *Europe*, 2010, comm. 168, note M. Meister.

(47) Cf. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « *Les dérives de la notion de marché public* », *CMP*, 2012, repère 11.

(48) CJUE, 15 juill. 2010, *Commission c/ Allemagne*, C-271/08, *CMP*, 2010, comm. 319, note W. Zimmer.

(49) Cf. CE, 29 juin 2012, *Sté Pro 2C*, no 357976, *JCP A*, 2012, no 2357, note F. Linditch.

(50) F. Llorens et P. Soler-Couteaux, art., op. cit.

(51) CE, 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, no 317671, CMP, 2009, comm. 286, note W. Zimmer ; RJEP, 2010, comm. 7, note C. Chamard-Heim.

(52) Cf. par exemple les articles L. 42-1 et L. 47 du Code des postes et communications électroniques.

(53) Cf. TA Nîmes, 28 janv. 2008, Sté des trains Eisenreich, préc. ; CAA Bordeaux, 9 nov. 2004, SODEGIS, JCP A, 2005, no 1070, note C. Devès ; AJDA, 2005, p. 257, note J.-D. Dreyfus ; CMP, 2005, comm. 31, note J.-P. Pietri.

(54) Ph. Yolka, « L'offre et la commande », préc.

(55) Ibid.

(56) CE, 26 mars 1999, Sté EDA, no 202260, CJEG, 1999, p. 264, concl. J.-H. Stahl ; AJDA, 1999, p. 427, note M. Bazex ; RDI, 1999, p. 630, note Ch. Lavialle ; RFDA, 1999, p. 977, note D. Pouyaud ; RAP, 1999, p. 1545, note S. Manson ; D., 2000, p. 204, note J.-P. Markus ; GDDAB, 2013, p. 460 note R. Noguellou.

(57) Ph. Yolka, « Établissements publics de santé et bail emphytéotique administratif », JCP A, 2004, no 1364

(58) Cf. CJCE, 21 juill. 2005, Coname, C-231/03, Rec. I-7287 ; BJCP, no 43, p. 445, concl. C. Stix-Hackl.

(59) Cf. CJCE, 13 nov. 2007, Commission c/ Irlande, C-507/03, Rec. I-9777 ; RDI, 2008, p. 40, note R. Noguellou ; CMP, 2008, comm. 3, note W. Zimmer.

(60) Cf. En ce sens, C. Vautot-schwartz, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », AJDA, 2009, p. 568 ; Y. Gaudemet, « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques », RAP, 2012, p. 1223.

(61) F. Melleray et F. Brenet, art., op. cit.

(62) Cf. CJCE, 3 oct. 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Rec. I-9251.

(63) CJCE, 18 juin 1985, Steinhauser, aff. 197/84, Rec. I-1819.

(64) M. Karpenschif, « Les collectivités locales et la directive « services » : entre contraintes nouvelles et espoirs déçus », JCP A, 2010, no 2256.