

## Telaustria : quel périmètre ?

Cyrille BARDON,

avocat au barreau de Paris

et Yann SIMONNET,

avocat au barreau de Paris

**Pour les auteurs, la lecture de la jurisprudence tant communautaire qu'administrative devrait définir une ligne de partage circonscrivant le périmètre d'application des principes de publicité résultant des principes généraux du traité aux seuls contrats de la sphère de l'achat public. Fort logiquement, ce corpus de principes jurisprudentiels n'ayant vocation qu'à encadrer l'expression de la demande sur le marché intérieur, il ne saurait être prétendu qu'il puisse encadrer les contrats de l'Administration, offreur de biens ou services.**

1 - Le paragraphe 60 de l'arrêt *Telaustria* rendu le 7 décembre 2000 par la Cour de justice des communautés européennes<sup>1</sup> a représenté une étape importante dans le développement du droit communautaire de la commande publique.

Saisi dans le cadre d'une question préjudicielle, le juge communautaire s'était prononcé sur la nature et le régime d'un contrat dont l'objet concernait l'établissement d'annuaires et de bases de données électroniques des abonnés de Post & Telekom Austria<sup>2</sup>. Cette mission concernait la collecte, le traitement et l'organisation des données concernant les abonnés, ainsi que la fabrication d'annuaires. La contrepartie de cette prestation consistait dans la possibilité d'exploiter de manière commerciale les données collectées.

2 - La solution retenue par la Cour est connue de tous. Le contrat en cause était qualifié de concession de service, et non de marché public, ce qui excluait en l'espèce l'application des dispositions de la directive 93/38 du 14 juin 1993<sup>3</sup>, mais non celle des « règles fondamentales du traité en général » et du principe de non-discrimination en raison de la nationalité « en particulier » qui implique, à tout le moins, la mise en œuvre d'une procédure de publicité.

3 - Cette affirmation selon laquelle le droit de la mise en concurrence des contrats passés par les personnes publiques ne se limitait pas aux seules dispositions écrites du droit communautaire ne fut pas sans provoquer moult réactions.

4 - D'un point de vue franco-français, il faut cependant admettre que cet arrêt n'a finalement guère bouleversé le droit des concessions.

D'une part, depuis 1993 et l'entrée en vigueur de la loi *Sapin*<sup>4</sup> les concessions réunies dans la catégorie de délégations de service public sont en principe attribuées au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. D'autre part, les directives relatives aux marchés publics ont toujours posé des obligations de publicité préalable pour les concessions de travaux. Enfin, le critère de distinction entre concessions et marchés publics retenu par la Cour, à savoir l'existence d'une prise en charge d'un risque d'exploitation par le cocontractant de l'Administration<sup>5</sup>, a eu pour conséquence de faire entrer dans le champ d'application des direc-

tives marchés nombre de contrats qualifiés de délégations de service public dans notre droit national<sup>6</sup>.

Par ailleurs, si l'on considère que l'exclusion des concessions de service du champ d'application des directives relatives aux marchés publics a essentiellement été justifiée par le fait que ces contrats étaient connus du seul droit français<sup>7</sup>, il semble que l'arrêt *Telaustria* n'a finalement eu pour objet que de fixer un régime transitoire en attendant l'édiction d'une législation communautaire sur les concessions, vrai serpent de mer dont on peut cependant légitimement penser qu'elle est inéluctable<sup>8</sup>. Il est d'ailleurs particulièrement révélateur que, si les anciennes directives marchés ne donnaient aucune définition de la concession de service, les directives de 2004<sup>9</sup>, tout en réaffirmant leur exclusion de leur champ d'application, ont pris soin de définir ce type de contrat.

5 - Cependant, la doctrine a pu estimer qu'il convenait de donner une toute autre portée à l'arrêt *Telaustria*. En effet, ce dernier imposerait désormais aux personnes publiques de mettre en œuvre au minimum une publicité préalable lors de l'attribution de leurs concessions domaniales<sup>10</sup>, ou même de tout contrat public.

6 - Cette affirmation nous semble devoir être tempérée ou plutôt affinée. Les règles fondamentales du traité, dont le droit dérivé n'est que le relais, ont nécessairement vocation à encadrer les conditions de passation des contrats des personnes publiques qui relèvent de la commande publique. La compétence communautaire repose sur le fait économique que la commande publique représente une part substantielle de la demande exprimée sur le marché intérieur (1). En revanche, ces règles encadrant l'expression de la demande n'ont aucune raison de s'appliquer lorsque l'Administration intervient en tant qu'offreur de biens ou services sur le marché. Ainsi, les contrats d'occupation domaniale qui ne participent pas de la satisfaction des besoins des personnes publiques n'ont aucune raison d'être soumis à des règles, fussent-elles générales, encadrant l'achat public (2).

### 1. Les règles encadrant l'expression de la demande publique sur le marché

#### A. - L'encadrement de la demande publique : les contrats concernés

7 - L'un des premiers piliers de l'Union était d'établir un marché intérieur, c'est-à-dire un espace sans frontières intérieures dans

1. CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Rec. CJCE 1998, I, p. 10745.

2. Société publique qui bénéficiait alors d'un monopole dans le domaine des services postaux et des télécommunications en Autriche.

3. Directive alors en vigueur concernant la coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

4. L. n° 93-122, 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : JO 30 janv. 1993, p. 1588.

5. CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, § 40 : Rec. CJCE 2005, I, p. 8585.

6. L. Richer : AJDA 2007, p. 2225.

7. CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria*, préc., § 50.

8. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 15 nov. 2005, COM(2005), 569.

9. Art. 1-4 de la directive 2004/18/CE et 1-3-b) de la directive 2004/17/CE.

10. S. Nicinski, *Droit public de la concurrence* : LGDJ, 2005, p. 70. - *Contrats-Marchés publ.* 2005, repère 8, Fr. Llorens et P. Soler-Couteaux. - L. Richer, *Droit des contrats administratifs* : LGDJ, 2006, p. 590. - *Contrats-Marchés publ.* 2007, étude 9, A. Louvaris.

lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée. En raison de leur importance, tant qualitative que quantitative, la réalisation du marché intérieur passe nécessairement par la soumission des contrats supports juridiques de la demande exprimée sur le marché par les États membres.

8 - Le traité ayant pour finalité de garantir les meilleures conditions de concurrence, au regard de l'importance de leur impact économique, relève naturellement de la compétence communautaire l'encadrement des achats effectués par les personnes publiques, qui représentent une part substantielle de la demande exprimée sur le marché intérieur<sup>11</sup>. Dès lors, les règles du traité étant insuffisamment précises pour garantir le respect par les États membres de l'Union des principes énumérés ci-dessus, l'élaboration d'un droit dérivé concernant la coordination des procédures de passation des marchés publics est très vite apparue nécessaire<sup>12</sup>.

9 - Nous avons vu que les concessions n'ont pas eu droit au même traitement. En effet, si les concessions de travaux ont été intégrées dans le champ d'application des directives relatives à la commande publique, les concessions de service en ont été exclues.

10 - Cependant, et c'est là l'apport de l'arrêt *Telaustria*, si aucune législation communautaire n'est venue encadrer les conditions de passation ou d'exécution des concessions de service, ces contrats n'échappent pas pour autant à l'application des règles du traité et les personnes publiques qui les concluent sont tenus de respecter « les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier », étant précisé que ce principe « implique, notamment, une obligation de transparence » qui consiste à garantir « un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». En conséquence, lorsqu'une personne publique décide de conclure une concession de services, celle-ci doit, au minimum, procéder à une publicité préalable permettant à tout soumissionnaire potentiel de se porter candidat.

11 - Le respect des règles fondamentales du traité, et l'élaboration jurisprudentielle pour les concessions de service d'un régime finalement assez proche de celui prévu par les directives marchés pour les concessions de travaux, semble parfaitement justifié si l'on veut bien considérer que ces contrats ont le même objet que les marchés publics de services. En effet, si en droit français on peut effectivement considérer que les marchés publics et les délégations de service public se distinguent notamment par leur objet, les premiers consistant à acquérir les moyens nécessaires à l'action administrative alors que les seconds confient la gestion d'une activité<sup>13</sup>, l'utilisation de ce critère pour distinguer marchés publics et concessions est beaucoup moins pertinente en droit communautaire.

12 - Ainsi, les directives 2004/17 et 2004/18 définissent les concessions de travaux publics et les concessions de services comme des contrats présentant « les mêmes caractéristiques » que les marchés publics de travaux ou de services.

En droit communautaire, la seule différence entre un marché public et une concession réside dans la nature de la « contrepartie » des travaux ou des services exécutés par le cocontractant de l'Administration. Alors que les marchés publics sont des contrats

conclus à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant le versement d'une somme d'argent, les concessionnaires se voient reconnaître le droit d'exploiter l'ouvrage ou les services objets du contrat, étant précisés que ce droit peut être assorti d'un prix. C'est donc le mode de rémunération qui va permettre de distinguer les marchés des concessions, ou plutôt l'économie du contrat, le mode de rémunération caractérisant le plus souvent l'existence d'un risque d'exploitation pris en charge par le concessionnaire<sup>14</sup>. Dès lors, si l'on considère que les marchés publics et les concessions ont les mêmes finalités et qu'ils ne se distinguent que par la prise en charge, ou non, d'un risque d'exploitation par le cocontractant, il n'y a donc aucune raison de soumettre ces deux types de contrats à des régimes différents dans la mesure où leur impact économique sur le marché intérieur est comparable. D'ailleurs, dans sa communication interprétative sur les concessions, la Commission européenne l'a clairement rappelé : « Les concessions ne sont pas définies par le traité (...). Cela ne signifie pas pour autant que les concessions échappent aux règles et aux principes du traité. En effet, dans la mesure où ces concessions résultent d'actes étatiques ayant pour objet des prestations d'activités économiques ou la fourniture de biens, elles sont soumises aux dispositions pertinentes du traité ainsi qu'aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour en la matière »<sup>15</sup>. Plus récemment, dans sa communication sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, la Commission européenne a une nouvelle fois souligné l'identité d'objet de ces contrats : « Le droit communautaire des marchés publics et des concessions vise essentiellement à créer un marché intérieur qui garantisse la libre circulation des biens et des services ainsi que le droit d'établissement et les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et du rapport qualité/prix obtenu lorsque des pouvoirs publics achètent des produits ou confient des travaux ou des services à des tiers »<sup>16</sup>.

#### B. - L'encadrement de la demande publique : les contrats exclus

13 - Nous venons de voir que les marchés et les concessions ont des objets identiques : l'achat des prestations d'activités économiques. Dans la mesure où ces achats représentent l'expression d'une part significative de la demande s'exprimant sur le marché intérieur, ils sont soumis à un régime respectant les règles fondamentales du traité.

14 - *A contrario*, on doit considérer que les contrats passés par les collectivités publiques qui ne relèvent pas du comportement économique de l'achat de biens ou de services n'ont pas à être soumis à ces règles fondamentales du traité. En effet, dès lors que ces contrats n'ont pas pour objet des prestations d'activités économiques mais par exemple simplement la mise à disposition ou la cession d'un bien public, ceux-ci n'entrent pas dans le champ d'application du droit communautaire. D'ailleurs, si l'on étudie avec attention les applications « positives » de la jurisprudence *Telaustria*, il convient de souligner que les contrats en cause sont toujours des contrats finalement qualifiés de concession ou de marché public au sens des directives. Ainsi, la Cour de justice des communautés européennes a-t-elle appliqué la jurisprudence *Telaustria* à des contrats de concession de service<sup>17</sup> ou bien à des contrats non soumis aux directives bien que réunissant les critères

11. En 2004, les marchés publics (*public procurement*) représentaient 16 % du PIB européen (1 430 milliards d'euros). En France, en 2006, les marchés publics représentaient 10 % du PIB (170 milliards d'euros) ; source : OEP.

12. Pour rappel, les premières directives relatives aux marchés publics sont intervenues dès la fin des années 60. Deux directives concernant la suppression des discriminations au profit des nationaux dans l'attribution des marchés de fournitures et de travaux étaient ainsi publiées en 1969. Quelques années plus tard, intervenaient les premières directives de coordination des procédures de passation (*dir. 71/305 pour les travaux et dir. 77/62 pour les fournitures*).

13. *Contrats-Marchés publ.* 2005, étude 7, note Fr. Llorens.

14. *Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire* (12 avr. 2000). – CJCE, 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, préc., § 40.

15. *Préc.*

16. *Communication de la commission concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions du 15 novembre 2005* : COM 569.

17. CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Coname* : Rec. CJCE 2005, I, p. 7287, *distribution de gaz*. – CJCE, 13 oct. 2005, *Parking Brixen GmbH*, préc., *gestion de parkings publics*. – CJCE, 6 avr. 2006, aff. C-410/04, *ANAV* : Rec. CJCE 2006, I, p. 3303, *services de transport public*. – CJCE, 13 sept. 2007, aff. C-260/04,

du marché public (notamment en raison de leurs montants)<sup>18</sup>. Quant au juge français, jusque là, il ne s'est référé aux règles fondamentales posées par le traité de l'Union européenne que pour sanctionner l'absence de mise en concurrence pour l'attribution de marchés dont le montant était inférieur aux seuils communautaires<sup>19</sup> ou celle des concessions d'aménagement<sup>20</sup>, contrats dont il est désormais acquis qu'ils constituent nécessairement un marché public ou une concession de travaux au sens du droit communautaire<sup>21</sup>.

15 - Bien entendu, il convient de réserver le cas où le contrat d'occupation domaniale aura également pour objet l'exécution de prestations pour le compte d'une personne publique ou la délégation d'un service public. Dans cette hypothèse, il est acquis que le contrat suit le régime des marchés publics ou des concessions, le Conseil d'État estimant qu'il n'est d'ailleurs pas nécessaire de rechercher quel est l'objet principal et quel est l'objet accessoire du contrat<sup>22</sup>. Il en est de même pour les montages dits « complexes » ; en effet, même si ces contrats, qui peuvent emporter occupation du domaine d'une personne publique, ne constituent pas des délégations de service public et n'entrent pas dans le champ d'application du Code des marchés publics, ils constituent le plus souvent des concessions de travaux ou des marchés de travaux au sens du droit communautaire. Dès lors, lorsque le montant des contrats en cause dépasse les seuils communautaires, ceux-ci doivent être conclus au terme d'une procédure conforme aux dispositions des directives. Cependant, pour la plupart de ces montages « complexes », le législateur a pris soin de prévoir des dispositions organisant la publicité et la mise en concurrence pour l'octroi de ces contrats<sup>23</sup>.

16 - Cependant, ainsi que nous allons le voir *infra*, lorsque la collectivité se place dans une logique d'offre, et non plus de demande, il relèverait de la pure confusion juridique de vouloir soumettre aux règles communautaires encadrant la demande publique les contrats par lesquels une collectivité va mettre à disposition ou vendre certains de ses biens. Certes, lorsqu'elles sont dans leur rôle de gestionnaire domaniale, les collectivités ne peuvent ignorer les règles du droit de la concurrence ; toutefois, une autre confusion consisterait à soumettre à des procédures de mise en concurrence (procédures exigées par le droit de la commande publique) des contrats dont les conditions d'octroi doivent seulement respecter le droit des pratiques anticoncurrentielles.

## 2. L'encadrement de l'offre publique : l'exemple de la gestion domaniale

### A. - Les règles ayant vocation à encadrer les contrats à objet foncier

17 - Lorsqu'un contrat a pour simple et unique objet la mise à disposition par une personne publique d'une dépendance de son domaine (qu'il s'agisse d'ailleurs de son domaine privé ou de son

domaine public) ou bien la cession de l'un des éléments de ce domaine (nécessairement privé dans cette hypothèse), celui-ci n'a pas pour objet l'achat de prestations économiques. En effet, le cocontractant de l'Administration ne va nullement exécuter une quelconque activité pour le compte de cette dernière : dans cette hypothèse, elle ne formule pas une demande au sens économique mais, au contraire, elle est offreuse sur le marché. Certes, lors de l'attribution d'une autorisation d'occupation domaniale ou lors de la cession d'un bien public, les personnes publiques ne sauraient violer les principes du traité, et notamment celui de non-discrimination en raison de la nationalité<sup>24</sup>. Cependant, sauf dans l'hypothèse où il existe des dispositions législatives ou réglementaires prescrivant une procédure de publicité et/ou de mise en concurrence, comme c'est le cas pour la cession des immeubles du domaine privé de l'État<sup>25</sup>, le principe qui demeure est celui de la possibilité de conclure de gré à gré ce type de contrat<sup>26</sup>.

18 - Lors de la publication du Code général de la propriété des personnes publiques, nombre d'auteurs n'ont pu que souligner, et le plus souvent regretter, l'absence de toute disposition venant instituer des règles de procédure pour la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public<sup>27</sup>. Tout en reconnaissant la difficulté de prévoir une règle unique pour toutes les autorisations domaniales<sup>28</sup>, la plupart de ces auteurs estimaient que, malgré le silence du législateur, l'octroi d'une autorisation d'occupation domaniale permettant à son titulaire d'exercer une activité économique sur le domaine public devrait être précédé de mesures de publicité et d'une procédure de mise en concurrence<sup>29</sup>. Ces auteurs n'hésitaient pas à s'appuyer sur le rapport public du Conseil d'État de 2002. En effet, dans ce rapport, avait pu être formulé le souhait selon lequel des obligations de publicité et/ou de mise en concurrence devraient être mises en œuvre pour les autorisations ou conventions d'occupation du domaine public<sup>30</sup>. Cependant, il convient de rappeler que, d'une part ce « souhait » n'était nullement rattaché à la jurisprudence *Telaustria* et d'autre part que dans ce même rapport était réaffirmé le principe selon lequel les autorisations d'occupation du domaine public qui sont accordées sans que soit confiée la gestion d'un service public, « même s'il y a certaines obligations de service public », sont exonérées de toutes formalités de mise en concurrence<sup>31</sup>.

19 - L'argument le plus souvent utilisé par les partisans d'une application de la jurisprudence *Telaustria* est celui selon lequel lorsqu'un opérateur privé exerce une activité économique sur un terrain appartenant à une personne publique, celui-ci bénéficie nécessairement d'un « avantage » de nature à perturber le jeu normal du marché<sup>32</sup>. Les dépendances du domaine public sont ainsi considérées comme des richesses<sup>33</sup> dont l'accès devrait nécessairement s'opérer dans des conditions transparentes. Certes, lorsqu'une personne publique délivre une autorisation domaniale à un occupant menant une activité économique, cette occupation, et les conditions dans lesquelles celle-ci est mise en œuvre (notamment la fixation de la redevance d'occupation), ne doivent pas

Comm. c/ Rép. italienne : Rec. CJCE 2007, I, p. 7083, *gestion et collecte des paris hippiques*.

18. CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-340/02, *Comm. c/ Rép. française* : Rec. CJCE 2004, I, p. 9845. - CJCE, 20 oct. 2005, aff. C-264/03, *Comm. c/ Rép. française* : Rec. CJCE 2005, I, p. 8831. - CJCE, 14 juin 2007, aff. C-6/05, *Medipac-Kazantzidis* : Rec. CJCE 2007, I, p. 4557. - CJCE, 13 nov. 2007, aff. C-507/03, *Comm. c/ Irlande* : Rec. CJCE 2007, I, p. 9777. - CJCE, 15 mai 2008, aff. C-147/06, *SECAP*.  
19. CAA Versailles, 6 déc. 2005, n° 03VE04081, ANPE. - CAA Bordeaux, 27 févr. 2007, n° 05BX00344.  
20. CAA Bordeaux, 9 nov. 2004, n° 01BX00381, *SODEGIS*.  
21. CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, *Auroux* : Rec. CJCE 2007, I, p. 385 ; *AJDA*, 2007, p. 409, note E. Fatôme et L. Richer.  
22. CE, 4 nov. 2005, n° 247299, *Sté Jean-Claude Decaux* : *JurisData* n° 2005-069147 ; *Contrats-Marchés publ.* 2005, comm. 297, note J.-P. Piétri.  
23. Contrats de partenariat, conventions de bail dites *Sarkozy* (conclus pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie nationale, des armées et des services du ministère de la Défense).

24. CJCE, 18 juin 1985, aff. 197/84, *Steinhauser c/ Ville Biarritz* : Rec. CJCE 1985, p. 1819. En l'espèce, la Cour avait jugé comme contraire au principe général de non-discrimination en raison de la nationalité la décision de la ville de Biarritz d'exclure d'une procédure d'adjudication d'un local appartenant au domaine public un candidat en raison de ce que celui-ci n'était pas français.  
25. C. dom. Ét., art. R.129.  
26. À propos de la cession de terrains communaux, voir notamment : CE, 12 juin 1987, n° 71507 et n° 71961. - CE, 26 oct. 1994, n° 121717.  
27. *RFD adm.* 2006, p. 935, note Fr. Llorens et P. Soler-Couteaux. - *AJDA* 2006, p. 1073, note Ch. Maugué et G. Bachelier. - *Dr. adm.* 2007, étude 14, Fr. Brenet.  
28. Fr. Brenet, préc.  
29. Ch. Maugué et G. Bachelier : *AJDA*, préc.  
30. *EDCE* 2002, p. 380.  
31. *EDCE* 2002, p. 302.  
32. V. notamment, Fr. Llorens et P. Soler-Couteaux : *Contrats-Marchés publ.* 2005, repère 8. - Fr. Marchand et X. Mouriesse : *Lamy Droit public des affaires, actualités*, n° 109, janv. 2007. - Fr. Brenet : *Dr. adm.* 2007, préc.  
33. Fr. Llorens et P. Soler-Couteaux : *RFD adm.* 2006, préc.

avoir pour effet de perturber le fonctionnement normal du marché. Cependant, l'arrêt *Telaustria* concerne les règles applicables dans la sphère de la commande publique, règles qu'on doit nécessairement distinguer de celles relevant du droit de la concurrence. En effet, alors que la mise en concurrence est un moyen d'assurer la bonne utilisation des deniers publics, le droit des pratiques anticoncurrentielles vise à préserver le bon fonctionnement du marché<sup>34</sup>.

20 - Lorsqu'une personne publique délivre une autorisation domaniale ou cède une dépendance de son domaine privé, celle-ci se comporte en tant qu'offreur sur le marché ; il serait donc illogique de lui appliquer des règles ayant pour objet et effet l'encadrement des comportements d'achat. Lorsqu'une personne publique offre sur le marché des biens ou services, ce sont d'autres branches du droit qui ont vocation à s'appliquer à cet acteur économique.

Il s'agit d'une part du droit de la concurrence (abus de position dominante, pratique de prix prédateurs...) qui encadrent les comportements faussant directement les conditions de l'offre sur le marché<sup>35</sup>. Ainsi, lorsqu'une collectivité se comporte en tant qu'offreur sur le marché, ses décisions ne peuvent pas porter atteinte aux conditions de concurrence qui y président et que protège le droit de la concurrence<sup>36</sup>. Le juge administratif censure tout acte de gestion qui contreviendrait aux libertés économiques, au principe d'égalité et au droit de la concurrence interne ou communautaire<sup>37</sup>. Il convient d'ailleurs de rappeler qu'en matière de gestion domaniale, le juge administratif sanctionne non seulement l'acte qui conduirait l'occupant privatif à abuser de la position dominante acquise du fait de l'autorisation domaniale dont il bénéficie, mais également l'acte qui traduirait de la part du gestionnaire lui-même un abus de position dominante<sup>38</sup>.

Il s'agit d'autre part du droit des aides publiques aux entreprises qui encadre également les aides indirectes que constituent la fourniture de biens ou services à des conditions plus favorables que celles pratiquées sur le marché.

21 - Que le cocontractant de l'Administration soit l'utilisateur (le consommateur final) ou une entreprise (fournisseur final de biens et services), les branches du droit communautaire (ou du droit interne) appelées à régir ces contrats ne peuvent pas logiquement être celles encadrant l'activité économique d'achat de l'Administration.

### B. - L'inapplication de la jurisprudence *Telaustria* aux contrats purement fonciers : exemple et perspectives

22 - Le juge national a eu l'occasion d'écarter l'application de la jurisprudence *Telaustria* à la cession d'une dépendance domaniale d'une commune, et ce alors même que l'acquéreur allait exercer une activité économique sur le terrain en question. En effet, dans un arrêt du 29 novembre 2007<sup>39</sup>, la cour administrative d'appel de Nancy a été amenée à se prononcer sur les conditions dans lesquelles une commune avait organisé un appel à projet dont l'objet était la cession d'un terrain communal sous forme d'un bail à construction pour favoriser l'implantation d'un centre commercial. Alors que l'une des enseignes évincées faisait valoir que le programme établi pour le déroulement de l'appel à projets revêtait un caractère obligatoire « en vertu du droit communautaire », la cour administrative d'appel de Nancy va juger que si la commune devait respecter ledit programme, c'est seulement en raison de ce que celle-ci se devait d'appliquer les règles qu'elle

avait elle-même librement édictées. En revanche, la cour écarte expressément toute application de la jurisprudence *Telaustria*, et ce après avoir relevé que l'objet de l'opération (réalisation et exploitation d'un ensemble commercial) était « exclusif de toute obligation de service public » et que par voie de conséquence l'opération en cause ne pouvait être regardée comme constitutive d'une délégation de service public ou d'un marché public. Certes, en l'espèce, la commune avait choisi de mettre en œuvre une procédure *ad hoc* de mise en concurrence. Cependant, de même que la commune avait librement décidé d'élaborer un programme pour la consultation des enseignes, celle-ci pouvait librement mettre en œuvre une consultation. En tout état de cause, dans la mesure où la cour a exclu l'application de la jurisprudence *Telaustria* à l'opération en cause, la commune n'avait en effet aucune obligation de mettre en œuvre une quelconque publicité ou une procédure de mise en concurrence.

23 - L'arrêt concerne le domaine privé et non le domaine public (et pour cause seules les dépendances du domaine privé peuvent être cédées), cependant, il n'y a aucune raison logique qui permettrait d'exclure l'application de la solution dégagée par la cour administrative d'appel de Nancy à des conventions d'occupation du domaine public. Par ailleurs, il convient de préciser que la nouvelle définition du domaine public telle qu'issue des dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques a vocation à faire entrer dans le domaine privé de nombreux terrains hier encore appelés à appartenir au domaine public, et notamment des terrains affectés à l'exécution de services publics<sup>40</sup>. L'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy semble donc bel et bien confirmer la ligne de partage que nous avons proposée dans notre première partie : dans la mesure où un contrat ne révèle pas un comportement d'achat, où il n'est pas le support de la satisfaction d'une demande économique exprimée par l'Administration sur le marché, mais au contraire place cette dernière dans une position d'offreur de biens ou services, les règles encadrant l'expression de la demande des collectivités publiques, fussent-elles communautaires, n'ont aucune raison de s'appliquer.

24 - On sait depuis longtemps qu'en ces matières il est malaisé de raisonner avec des concepts séparatifs si français, comme la domaniale publique ou la participation directe au service public, et que le Conseil d'État, en matière de commande publique, applique un principe de réalisme, dépassant certains sophismes à valeur incantatoire (contrats de mobiliers urbains<sup>41</sup>, concessions d'aménagement etc.). Pourtant, la ligne de partage, que nous voyons simplement, ne remet pas en cause les anciennes solutions, au contraire, elle les prolonge. Si, hier, le juge administratif pouvait juger que lorsqu'elles attribuaient de pures concessions domaniales, c'est-à-dire des concessions qui n'étaient assorties d'aucune obligation de service public, les collectivités n'avaient pas à respecter la procédure prévue par la loi *Sapin* pour l'octroi des délégations de service public<sup>42</sup>, aujourd'hui, les modalités d'attribution de ces mêmes contrats ne devraient pas plus se conformer aux obligations posées par la jurisprudence *Telaustria*. Dans ces hypothèses, les personnes publiques ne sont plus dans une logique de commande publique, mais, au contraire, dans une logique d'offre : elles n'attendent pas comme contrepartie la satisfaction d'un de leurs besoins propres (ou de ceux des usagers d'un service public dont elle assurerait la gestion<sup>43</sup>).

34. S. Nicinski, *Droit public de la concurrence, préc.*, p. 54.

35. CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208, Sté Jean-Louis Bernard Consultants : *JurisData* n° 2000-061174.

36. CE, 30 juin 2004, n° 250124, Sté Vedettes inter-fîles vendéennes : *JurisData* n° 2004-067350.

37. CE, 26 mars 1999, n° 202260, Sté EDA : *JurisData* n° 1999-050078.

38. Le droit de la concurrence est alors directement applicable à l'activité normative. V. les conclusions du commissaire du gouvernement Stahl sous la décision Société EDA : *ADJA* 2003, p. 1201.

39. CAA Nancy, 29 nov. 2007, n° 06NC01189.

40. Pour rappel, aux termes de l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, lorsqu'un bien d'une personne publique est affecté à un service public, celui-ci n'intègre son domaine public qu'à la condition qu'il fasse l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.

41. CE, 4 nov. 2005, n° 247299, Sté Jean-Claude Decaux, *préc.*

42. CE, 12 mars 1999, n° 186085, Ville Paris c/ Sté Stella Maillot-Orée du Bois : *JurisData* n° 1999-050075.

43. On peut donner l'exemple des contrats de mobilier urbain, contrats qualifiés de marchés publics dans la mesure où ils permettent de répondre aux besoins de la commune « en matière d'information de ses habitants et de protection des

25 - Ce sont donc les causes juridiques des contrats, c'est-à-dire la contrepartie attendue par chacune des parties, qu'il est nécessaire d'identifier. Lorsque l'Administration n'attend d'autre contrepartie que le paiement des biens ou services qu'elle offre, contrepartie que l'on retrouve nécessairement dans tout contrat à titre onéreux, le contrat en cause n'a aucune raison d'être conclu après la mise en œuvre d'une publicité, voire d'une procédure de mise en concurrence. Il est ainsi nombre de contrats d'occupation du domaine qui n'ont pour objet, pour le preneur ou le cessionnaire, que d'acquiescer la jouissance ou la propriété du support immobilier (bureaux, terrains) de leur activité économique, activité économique qui ne participe en rien des activités d'intérêt général ou de service public assumées par l'administration propriétaire du bien. La jurisprudence *Telaustria* ne change donc rien aux règles de gestion du domaine privé ou du domaine public des personnes publiques. Ce n'est que dans la stricte mesure où le contrat portant sur le domaine va permettre à l'Administration de satisfaire certains de ces besoins que celui-ci devra respecter les conditions d'octroi qu'impliquent la mise en œuvre de la jurisprudence *Telaustria*.

26 - Pour illustrer cette dernière catégorie de contrats, on peut donner l'exemple des contrats de locations de téléviseurs dans les hôpitaux. Certes, dans sa décision *Codiam* du 21 mai 2007<sup>44</sup> le Tribunal des conflits avait qualifié ces contrats de contrats de droit privé, écartant l'application de la loi du 28 pluviôse en raison de ce que de tels contrats n'emporteraient pas occupation du domaine public. D'une part, cette position est des plus critiquables<sup>45</sup>. D'autre part, on ne peut que regretter que le Tribunal des conflits n'ait pas eu à trancher la question de la qualification de ces contrats en marché public<sup>46</sup>; en effet, même si le prestataire est rémunéré par les personnes hospitalisées, il n'en reste pas moins que ces contrats répondent directement à un besoin d'équipement de l'hôpital. Dès lors, dans l'attente d'une possible qualification de

marché public de ces contrats, il est évident qu'ils doivent être attribués aux termes d'une procédure *Telaustria*. Dans la pratique, depuis 2007, les hôpitaux ont intégré cette jurisprudence *Codiam* et ne lancent plus de délégations de service public, mais passent des contrats après une procédure *Telaustria*, d'ailleurs souvent fortement inspirée des dispositions de la loi *Sapin*.

## Conclusion

27 - On ne peut donc conclure à l'inapplicabilité de l'arrêt *Telaustria* au-delà de la sphère de la commande publique, telle que les juges communautaires et administratifs la définissent de façon concordante : en d'autres termes, à l'heure actuelle aucun élément textuel ou jurisprudentiel ne permettrait de justifier son application aux contrats autres que ceux constituant des concessions ou des marchés publics au sens des directives communautaires. En effet, lorsque l'objet d'un contrat ne révèle aucune logique d'achat, mais au contraire une logique d'offre (une collectivité propose de mettre à disposition ou de céder un de ses biens), sauf exception textuelle, d'ailleurs fondée sur d'autres finalités d'intérêt public (l'optimisation de la valorisation des biens cédés), le principe de la conclusion de gré à gré demeure. Le droit actuel de la concurrence fournit un corpus de règles différent, et dont l'équilibre ne repose pas sur la définition de procédures formalisées. Par ailleurs, la ligne de partage que nous venons de dresser entre contrats relevant d'une logique de commande publique et ceux qui n'en relèvent pas est parfaitement indifférente au rattachement des terrains concernés au domaine privé ou au domaine public des collectivités concernées. Elle est également indifférente au régime juridique de ces contrats (contrats de droit privé ou contrats administratifs) ; en effet, les contrats permettant à une personne publique de satisfaire ses besoins peuvent, selon leurs clauses, constituer ou non des contrats administratifs. Pour rappel, antérieurement à la publication de la loi *MURCEF* les marchés publics (au sens du Code des marchés publics) ne constituaient des contrats administratifs que dans la mesure où ils remplissaient les critères d'identification de tels contrats. ■

Mots-Clés : Droit communautaire - Marchés publics - Jurisprudence *Telaustria* - Champ d'application

*JurisClasseur* : Administratif, Fasc. 24, 292 et 623

usagers des transports en commun » : CE, 4 nov. 2005, *Sté Jean-Claude Decaux*, préc.

44. T. confl., 21 mai 2007, n° 3609, *Sté Codiam* : *JurisData* n° 2007-334909 ; *JCP A* 2007, 2197.

45. V. pour une critique pertinente : A. Ménéménis : *Dr. adm.* 2007, comm. 100.

46. Les faits dont a eu à connaître le Tribunal des conflits étaient antérieurs à la publication de la loi *MURCEF*.