

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*Application du droit communautaire par les juridictions administratives (chronique 1) :  
(juin 2010-juin 2011)*

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Application du droit communautaire par les juridictions administratives (chronique 1) : (juin 2010-juin 2011) », *Europe*, n° 7, 2011. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail- publi@ut-capitole.fr

## Application du droit communautaire par les juridictions administratives (chronique 1) : (juin 2010-juin 2011)

**Directive « retour » et directive « recours » font l'actualité de ces derniers mois. La première, non transposée dans les délais, a posé concrètement la question de son effet direct à des centaines d'étrangers en situation irrégulière. Les jurisprudences ont été nombreuses et contradictoires, le Conseil d'État ayant dû faire œuvre unificatrice avec une solution bien étonnante, démontrant que l'appréciation des directives par le juge interne est un pouvoir important. Une seconde preuve en a d'ailleurs été donnée avec la directive recours que le juge interne a estimée mal transposée à l'article 80 du Code des marchés publics. Le droit français résiste donc encore comme le lui permet le TFUE, c'est le cas pour défendre sa vision du domaine public et pour la création d'un droit original des paris sportifs.**

### 1. Rapports de systèmes juridiques

**1. - Directives européennes, effet direct, directive pouvant être invoquée contre un acte individuel, suites de l'arrêt Perreux, autonomie des notions communautaires, invocabilité d'exclusion, efficacité du recours, acte conditionnel ou non. - (TA Marseille, 24 févr. 2011, n° 1101063, M. Adem Aksoy : Dr. adm. 2011, comm. 50, note R. Thiele et CE, 21 mars 2011, n° 345978 et n° 346612, M. Jin et M. Thiero : JurisData n° 2011-004317 ; Europe 2011, comm. 148, note D. Simon ; JCP A 2011 act. 221, L'invocabilité de la directive "retour" fait temporairement dérailler l'engrenage de la reconduite à la frontière, note S. Slama, et sur l'ensemble de cette question, M. Gautier, Où l'on reparle de l'effet direct des directives communautaires : AJDA 2011, Tribune p. 297. – C. Gauthier et M. Gautier, L'immigration légale : aspects de droits européens : Bruylant 2011, p. 216. – M.-L. Basilien-Gainche et S. Slama, Report on the implementation of Directive 2008/115/CE in France, Center for migration law, Radoub University Nimègue, in Zwaan Karin (ed.), The Returns Directive : Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States, 2011).** Peu de jugements des tribunaux administratifs ont la possibilité d'être retenus dans une chronique – désormais – semestrielle. Celui rendu par le tribunal administratif de Marseille le mérite pourtant par les confirmations ou apports que l'on peut lui reconnaître, ainsi que par son argumentation qui n'a pas été confirmée par l'avis contentieux du Conseil d'État en date du 21 mars 2011 *M. Jin et M. Thiero*. L'affaire est relative à la conformité du droit français à la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Celle-ci distingue deux types de décisions à l'encontre des étrangers non citoyens européens : d'une part les « décisions de retour » (qui sont définies à l'article 3, alinéa 4 comme des décisions ou des actes « de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour »), d'autre part les « décisions d'éloignement » (définies à l'article 3, alinéa 5 comme « l'exécution de l'obligation de retour, à savoir le transfert physique hors de l'état membre »). Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile définit pour sa part les « mesures d'éloignement » (titre V du code) au sein desquelles il distingue l'obligation de quitter le territoire de la reconduite à la frontière (*art. L. 511-1 I et II*). L'usage du terme « éloignement » dans le code français pourrait laisser penser que toutes ces décisions rentrent dans la catégorie des « décisions d'éloignement » de la directive. Tel n'est pourtant pas le cas. Comme

dans bien d'autres hypothèses (cf. *G. Kalflèche, Homonymie et intégration communautaire, in Les notions juridiques : Économica coll. Études Juridiques, t. 31, dir. G. Tusseau, 2009, p. 139-152*), le juge administratif est obligé d'analyser la définition communautaire des notions afin de contrôler leur transposition en droit interne, garantissant ainsi leur autonomie. En l'espèce, le Conseil d'État estime que les « mesures d'éloignement » au sens français sont bien des « décisions de retour » au sens de la directive, sauf si la mesure d'éloignement est une mesure d'exécution d'une autre décision de retour, auquel cas elle peut être une « décision d'éloignement » au sens de la directive. Sur le plan procédural, cette qualification de « décision de retour » implique, avant toute mesure coercitive d'application, un délai de 7 à 30 jours pour permettre un départ volontaire de l'étranger en situation irrégulière, ce délai étant inapplicable dans certaines hypothèses. Parmi ces exceptions figure notamment le « risque de fuite » qui permet de limiter la liberté du ressortissant du pays tiers, ce qui se fait en France par des mesures de rétention administrative. Le requérant, M. Adem Aksoy, est un ressortissant Turc travaillant en France qui a fait l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière (*C. étrangers, art. L. 511-1-II*) et de placement en rétention (*C. étrangers, art. L. 551-1*). Il conteste ces décisions. Au moment des faits, du jugement et de l'avis, le droit français n'avait pas transposé cette directive (la transposition vient d'être réalisée par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité), l'article L. 511-1 du Code d'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, avait alors des dispositions différentes selon ses alinéas (I ou II). L'article L. 511-1-I prévoyait bien un délai d'un mois avant toute mesure coercitive. En revanche, l'article L. 511-1-II ne prévoyait aucun délai et apparaissait comme contraire à la directive communautaire. La limite pour la transposition de celle-ci étant fixée au 24 décembre 2010, de nombreux recours se sont exercés contre l'article L. 511-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile à partir de cette date afin de faire annuler des reconduites à la frontière. Il faut en effet se rappeler que l'arrêt *Perreux* (*CE, ass., 30 oct. 2009, n° 298348 : JurisData n° 2009-012252*. – Cf. aussi *Europe 2009, repère 11, par D. Simon ; Europe 2010, chron. 1, par G. Kalflèche ; RFDA 2009, p. 1125, concl. M. Guyomar, note P. Cassia ; AJDA 2009, p. 2385, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; JCP G 2009, n° 50 p. 41, chron. B. Plessix*) a ouvert une voie d'action contre les actes administratifs individuels (comme la reconduite à la frontière en l'espèce) sur le fondement d'une directive dès lors que la date de transposition de celle-ci est dépassée et que ses dispositions sont claires et inconditionnelles. L'occasion de la fin du délai de transposition de la directive 2008/115 au 24 décembre permettait donc ce recours. Mais cette nouvelle possibilité d'agir contre un acte administratif n'est pas revenue sur le recours plus classique, issu des jurisprudences *Nicolo* (*CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, Nicolo : JurisData n° 1989-645117*) et *SA Rothmans* (*CE, ass., 28 févr. 1992, n° 56776, SA Rothmans International France : JurisData n° 1992-040237*) permettant d'attaquer une disposition en contestant la compatibilité de ses dispositions avec les objectifs de la directive, ce que l'on appelle généralement le recours « en exception d'incompatibilité de la base légale » ou « l'invocabilité d'exclusion ». Dans le recours ayant fait l'objet du jugement du tribunal administratif de Marseille, les deux moyens ont été soulevés en parallèle et le résultat pouvait laisser penser que le recours direct « Perreux » était moins efficace que le recours en exception d'incompatibilité « SA Rothmans ». Théoriquement, en effet, des raisons structurelles, fondées sur la nature même de la directive, peuvent laisser penser à une supériorité du recours « SA Rothmans » : la directive « *lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* » nous dit l'article 288 TFUE (*ex. 249, ex. 189 CE*). Une directive est donc, en général, imprécise ou conditionnelle, ce qui lui retire tout effet direct. À l'inverse, l'objectif de la directive est très général et laisse au juge la possibilité de considérer plus facilement qu'un acte lui est opposé, et cela que le recours « Perreux » soit, ou non, ouvert en parallèle. Le tribunal administratif de Marseille a pris une décision correspondant exactement à cette analyse. Il a d'abord considéré la violation directe de la directive par l'article L. 511-1 II du Code des étrangers. À la suite de certains juges de

tribunaux administratifs (par exemple, *TA Strasbourg, 14 janv. 2011, n° 1100127, M. Hakim R*), mais aussi contre d'autres (par exemple, *TA Rouen, 20 janv. 2011, n° 1100087, Mme Tie Z. X. – TA Paris, 10 janv. 2011, n° 1100170/8, Mme J*), le tribunal administratif de Marseille estime que le « *risque de fuite* », tel que défini à l'article 3, point 7 de la directive (« *le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédure de retour peut prendre la fuite* ») renvoie expressément à la loi nationale. Partant, l'article 7 de la même directive qui utilise la notion de risque de fuite pour imposer un délai de 7 à 30 jours pour un retour volontaire n'est pas « *inconditionnelle* » et le tribunal administratif de Marseille juge que l'article 7 de la directive n'est pas directement opposable à un acte individuel, même après le délai de transposition de la directive. Ce moyen du requérant est donc rejeté. Tel n'est pourtant pas la solution de l'avis contentieux du Conseil d'État en date du 21 mars 2011. Saisie d'une demande d'avis contentieux (L. 113-1 CJA) par le tribunal administratif de Montreuil (*TA Montreuil, 20 janv. 2011, n° 1100323, M. Liang B.*), la haute juridiction administrative estime au contraire que « *les articles 7 et 8 de la directive énoncent des obligations en termes non équivoques, qui ne sont assortis d'aucune condition et ne sont subordonnés dans leur exécution ou dans leurs effets à l'intervention d'aucun acte des institutions de l'Union ou des États membres* ». Les articles 7 et 8 sont donc directement invocables, nous dit le Conseil d'État. L'interprétation que fait ici le Conseil (et qui a vocation à servir de modèle pour les tribunaux administratifs) pose clairement la question de la notion « *d'inconditionnalité* » de la norme, alors même que le texte de la directive renvoie à une loi nationale (ce qui fonde la décision inverse du tribunal administratif de Marseille). Le Conseil estime en effet, d'une part que si aucune norme nationale ne vient préciser le texte, c'est que l'État membre n'a pas entendu « *exercé la faculté qui lui est offerte par la directive* », et d'autre part que l'absence de texte venant préciser la notion de risque de fuite « *doit être considérée comme divisible* » de l'article 7 de la directive, c'est-à-dire de l'obligation de laisser un délai de 7 à 30 jours après la décision obligeant à quitter le territoire pour permettre un départ volontaire. La divisibilité de l'exception par rapport à la règle générale pose ici cependant un problème puisque l'exception modifie profondément le champ d'application du texte en général. La référence à l'arrêt *Ursula Becker (CJCE, 19 janv. 1982, aff. 8/81, Ursula Becker : Rec. CJCE 1982, p. 53)* dans l'arrêt du Conseil d'État est à cet égard intéressante, en ce qu'elle renvoie à l'idée de la Cour de justice qu'un État membre ne doit pas pouvoir échapper au droit communautaire qui lui est défavorable par une non-transposition (*pt 25* : « *ces dispositions peuvent être invoquées à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État.* ») Il y aurait une règle du « *nemoauditur* » communautaire qui interdirait à l'État de se prévaloir de la non-transposition dans les textes favorisant les particuliers. La « *divisibilité* » utilisée par le Conseil d'État, juridiquement peu convaincante, serait donc le seul moyen trouvé pour atteindre cet objectif : empêcher l'État de se prévaloir de la non transposition. On notera que la cour d'appel de Versailles a pu, depuis, dire de manière un peu péremptoire de la même directive qu'elle n'est « *ni claire, ni précise et encore moins inconditionnelle* » (*CAA Versailles, ord., 16 juin 2011, n° 11VA04695, Miloud H*) confirmant la difficulté de l'invoquer directement. Cet arrêt est donc en opposition tant avec l'avis du Conseil d'État ici commenté qu'avec un arrêt de la Cour de justice estimant que les articles 15 et 16 de la directive sur la rétention étaient eux aussi d'effet direct (*CJUE, 30 nov. 2009, aff. C-357/09 PPU, Said, Shamilovich Kadzoev*). Cet arrêt que l'on pourrait qualifier de « *souverainiste* » démontre que la question de la clarté et de l'inconditionnalité d'une directive, logiquement entre les mains du juge interne, juge de droit commun du droit communautaire, est un enjeu de pouvoir et un lieu d'expression majeur du principe de subsidiarité. Le jugement du tribunal administratif conduit cependant à un résultat identique à celui du Conseil d'État grâce au moyen tiré de l'incompatibilité de l'article L. 511-1 II du Code des étrangers aux objectifs de la

directive. En considérant l'objectif de la directive qui est « d'assurer aux étrangers faisant l'objet de décisions de retour la garantie d'un délai de départ volontaire » et en constatant qu'aucun délai n'est prévu à l'article contesté du Code des étrangers, le Tribunal a en effet trouvé une base légale à l'annulation, alors même que, de son point de vue, le recours direct n'était pas ouvert. Par ailleurs, un quatrième temps du jugement a trait à la décision de placement en rétention qui se trouve illégale du fait de l'illégalité de la mesure d'éloignement. Le juge du tribunal administratif ne se contente pourtant pas de ce constat. Il répond d'abord au moyen invoqué de l'incompatibilité de l'article L. 551-1 du Code des étrangers à l'objectif de la directive recours et considère que la généralité des termes de l'article L. 551-1 empêche de considérer qu'il est contraire aux objectifs de la directive. Il considère ensuite que l'obligation de proportionnalité de la mesure de rétention aux fins d'éloignement prévu au 16° de l'exposé des motifs de la directive ne permet une rétention que « pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas ». En l'espèce, il estime que M. Aksoya un passeport et un appartement et qu'il ne s'est jamais soustrait à une mesure de reconduite, ce qui rend disproportionnée, et donc illégale, la mesure de rétention administrative dont il a fait l'objet (pour une analyse de la transposition de la directive en matière de rétention dans les différents pays de l'Union, *European Union Agency for fundamental right (FRA), Conference Edition, « Detention of third-country nationals in return procedures », november 2010, 100 p.*). Le nouvel article L. 511-1-II du Code des étrangers, issu de l'article 37 de la loi du 16 juin 2011, semble aujourd'hui euro compatible en ce qu'il met en place un délai de 30 jours pour les retours volontaires (le délai pouvant exceptionnellement être supérieur) et qu'il distingue six hypothèses différentes dans lesquelles le risque de se soustraire à l'obligation de quitter le territoire est établi, « sauf circonstance particulière ». Le législateur a donc mis en place une mesure marquée par ce que l'on peut appeler une « proportionnalité encadrée » (la proportionnalité étant requise par le texte communautaire). On peut y voir une recherche de sécurité juridique et la volonté d'éviter une trop grande casuistique. Le juge ordinaire aura sûrement à se prononcer sur la validité de cette transposition, après que le Conseil constitutionnel l'a déjà considéré comme ne méconnaissant pas l'article 88-1 de la Constitution.

## 2. Contrats et marchés

**2. - Directive recours, efficacité du droit communautaire, délai de standstill, article 80 du Code des marchés publics français, allotissement (CE 1er juin 2011, n° 346405, Société Koné).** Le dispositif communautaire en matière de marchés publics est constitué de deux directives de fond (2004/17 et 2004/18 du 31 mars 2004) et d'une directive dite « recours », (*Dir. 89/665/CEE, 21 déc. 1989, modifiée profondément par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007.* – Cf. *G. Kalflèche, La modification des directives "recours" en matière de marchés publics, une boule de cristal pour le contentieux des contrats publics : Europe 2008, étude 4.* – *N. Bel et C. Sjödin, La nouvelle directive "recours" 2007/66/CE en matière de marchés publics : RDUE 2009 p. 643.* – *R. Noguellou, La nouvelle directive recours : RDI 2008, p. 95.* – Pour la transposition *F. Linditch, Le décret "Effet utile", ou le Code des marchés publics, entre Retouches et Relance ; Note sous décret numéro 2009-1086 du 2 septembre 2009 : JCP E 2009, n° 40 p. 36 et Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours : JCP A 2009, n° 24, p. 32*). L'objet de cette directive est de garantir l'effet utile des directives en donnant aux candidats évincés ou potentiels des garanties procédurales leur permettant de défendre leur droit d'accès aux marchés et l'intérêt des finances publiques. Il s'agissait en l'espèce d'un marché passé par l'office public de l'habitat d'Amiens (pouvoir adjudicateur au sens des directives et du droit interne) portant sur des prestations de dépannage et d'entretien des 225 ascenseurs de son patrimoine. L'office avait divisé en trois lots géographiques son marché et avait reçu différentes offres. Parmi celles-ci, l'offre de la société

OTIS qui a remporté les 3 lots, et l'offre de la société KONE requérante qui a été écartée parce qu'elle n'avait pas répondu à l'ensemble des lots, ce qui était obligatoire aux termes des documents de consultation. Mécontente d'avoir été évincée, la requérante saisit le juge en référé précontractuel, mais le marché ayant été signé, elle a modifié sa demande pour exercer un référé contractuel, comme cela est ouvert aux personnes intéressées à conclure le contrat depuis l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 transposant la directive communautaire (CJA, art. L. 551-13 et s.). Le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens ayant rejeté sa demande, la Sté Koné se pourvoit devant le Conseil d'État. L'arrêt du Conseil d'État est intéressant à un double titre : il déclare que l'article 80 a mal transposé la directive recours pour ce qui concerne le respect du délai de Stand still et il contribue à l'efficacité de l'allotissement qui pourrait devenir une obligation communautaire après avoir été une obligation interne. Pour ce qui concerne la transposition de la directive « recours », le Conseil d'État rappelle que la directive impose aux pouvoirs adjudicateurs un délai entre la date d'envoi de la notification du rejet de leur candidature ou de leurs offres aux candidats évincés et la date de conclusion du contrat. Ce délai (de 10 ou 15 jours aux termes de l'article 2 bis-2 de la directive) a pour objet de permettre l'ouverture de recours effectifs contre le marché avant même que celui-ci ne soit conclu. L'article 2 ter de la directive prévoit cependant des exceptions, et notamment celle visant à exclure le délai en cas d'absence de « *soumissionnaire concerné* ». C'est cette notion qui a été mal transposée, nous dit le Conseil d'État. En effet, la directive définit dans son article 2 bis les « *soumissionnaires concernés* » comme ceux qui « *n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.* ». Elle les distingue ainsi des « *candidats concernés* » qui sont ceux pour lesquels « *le pouvoir adjudicateur n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés* ». La directive fait bien une différence entre « *soumissionnaires* » et « *candidats* ». À l'inverse, l'article 80 du Code des marchés publics, pourtant modifié par le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 transposant la directive, dispose que le délai n'a pas à être respecté « *lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre répondant aux exigences indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation* ». La transposition française est donc bien plus restrictive, puisqu'un « *soumissionnaire concerné* » au sens communautaire peut avoir remis une offre non conforme aux exigences de l'avis d'appel à concurrence ou aux documents de la consultation. Or, tel était le cas en l'espèce. La société Koné a en effet posé une candidature qui a été déclarée comme non conforme. Au sens de l'article 80 du Code des marchés publics français, le délai n'avait pas à être respecté. En revanche, au sens de la directive, elle n'était pas un soumissionnaire concerné puisque la décision d'éviction du marché n'avait pas été jugée licite par une instance de recours indépendante et que ledit recours n'était de ce fait pas purgé de tout pourvoi. L'office public de l'habitat ne pouvait donc se passer d'un délai avant la signature, ce qui conduit à la nullité du contrat, comme le prévoit l'article L. 551-18 du Code de justice administrative. La portée de l'arrêt est cependant bien plus large que les faits de l'espèce, puisqu'il déclare en réalité anticonventionnelle la rédaction actuelle de l'article 80 du Code des marchés publics. L'arrêt soulève aussi des questions concernant l'allotissement des marchés publics. On le sait, dans le cadre de l'OMC, l'Union et les États membres ont signé un Accord sur les Marchés Publics (AMP, ou GPA en langue anglaise *General Procurement Agreement*) qui rend très difficile la mise en place de dispositions discriminatoires en faveur des petites et moyennes entreprises en Europe. Pourtant, les fédérations professionnelles sont très attachées à la mise en place d'un équivalent au Small Business Act des États-Unis qui réserve une partie des marchés aux PME. Le récent Livre vert « *sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics. Vers un marché européen des contrats publics plus performant* », COM(2011) 15/4, point 3.2 p. 32 vient d'ailleurs poser la question de l'inscription, dans les directives, du principe du code

français des marchés publics selon lequel, sauf exception justifiable, les marchés doivent être allotés. Cette simple mesure permet en effet d'avoir plusieurs marchés de petite taille auxquels peuvent répondre des PME qui n'auraient pas les moyens et la surface financière pour répondre à un marché regroupant l'ensemble des prestations ou construction. L'insertion dans les directives de cette disposition favorable aux PME modifierait le droit interne en étendant l'obligation d'allotissement aux marchés soumis au droit communautaire, c'est-à-dire bien au-delà des marchés publics du code (notamment aux marchés des SEM et autres organismes soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics). Par ailleurs, les jurisprudences internes relatives à l'allotissement pourront être utilement analysées pour l'application du futur droit communautaire. L'arrêt *Sté Koné* est à cet égard intéressant puisque le juge censure aussi le marché parce que son règlement de consultation prévoyait que les candidats devaient obligatoirement répondre aux trois lots, sous peine d'irrecevabilité des candidatures. Le Conseil d'État juge à ce sujet que cette obligation méconnaît « les dispositions de l'article 10 CMP et l'objectif qu'elles poursuivent de susciter la plus large concurrence ». Il est fort probable que le juge communautaire aura aussi à se confronter à ces questions, et il lui faudra développer toute une jurisprudence, fondée sur les textes, ainsi que sur les principes issus des traités. En tout état de cause, la France a intérêt à modifier au plus vite son Code des marchés publics pour le mettre en accord avec la directive recours, sans quoi elle encourt une condamnation comme cela s'est déjà vu au Portugal à propos de la même directive (cf. *CJCE, 10 janv. 2008, aff. C-70/06, Comm. CE c/ Portugal. – G. Eckert, Conséquences de la non-exécution d'un arrêt constatant la mauvaise transposition de la directive "recours" : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 60*).

**3. - Droit des marchés publics communautaires, mise en concurrence des occupations domaniales, principes européens des marchés et de la commande publique (CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272, Ville de Paris et Assoc. Paris Jean-Bouin : AJDA 2011, p. 18, note S. Nicinski et E. Glaser ; JCP G 2010, n° 50, p. 2341, note J.-G. Sorbara ; RDI 2011, p. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 25, note G. Eckert ; Dr. adm. 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray)..** - Le droit du domaine public n'est pas une matière très marquée par la présence du droit communautaire. C'est du moins ce que défend le Conseil d'État dans son arrêt de section du 3 décembre 2010 qui vient clore un abondant contentieux relatif au renouvellement de la concession du stade Jean-Bouin et des 21 stades de Tennis appartenant au même ensemble immobilier de 5,57 ha dans le bois de Boulogne. Ce « Circulez, il n'y a rien à voir », un peu agacé de la Haute juridiction administrative vient en pourvoi d'un arrêt à la cour administrative d'appel de Paris qui avait à l'inverse estimé que le contrat liant la ville de Paris à l'association « Paris Jean Bouin » devait être mis en concurrence parce qu'il s'agissait d'une délégation de service public (*CAA Paris, 25 mars 2010, Assoc. Paris Jean Bouin et ville de Paris : Dr. adm. 2010, comm. 93 note F. Brenet ; AJDA 2010, p. 774, note F. Lelièvre ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 189, note Eckert*). Cette qualification contractuelle impliquait alors une illégalité du contrat de concession qui n'avait pas été mis en concurrence et qui aurait dû l'être. L'arrêt du Conseil d'État revient sur ce point et refuse à la requérante, la Société Paris Tennis, l'accès à cette concession en considérant « qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe n'impose 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 du domaine public ». Comme la notion de travaux publics, la notion de marché public est cependant attractive, et spécialement la notion communautaire. On lui reproche souvent, d'ailleurs, et à tort, de vouloir attirer dans ses règles les délégations de service public, comme si leur nature était si différente alors que le droit positif et la pratique peinent tant à les distinguer. Déjà, les autorisations d'occupation domaniales avec constitutions de droit réels (AOT-LOA) spéciales pour les prisons, la police, la gendarmerie et l'armée (*D. n° 2004-18, 6 janv.*

2004, modifié) sont soumises à des procédures de publicité et même, par renvoi, à un certain nombre d'articles du code des marchés publics. La directive « recours » leur est aussi applicable selon des modalités particulières (D. n° 2009-1456, 27 nov. 2009). Plus encore, le Conseil constitutionnel va également dans ce sens quand il estime qu'il existe un « droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique » (Cons. const., déc. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, consid. 18) qui est une « garantie légale des exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics » fondés sur les articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789. Le droit communautaire ne remet pas non plus en cause ces principes et leurs implications : la fameuse jurisprudence *Telaustria* (CJCE, 7 déc. 2000, *TelaustriaVerlagGmbH* et CJCE, 21 juill. 2005, *CONAME*) impose ainsi, du fait de l'existence de ces principes, une mise en concurrence minimum de tous les contrats entrant dans le champ des directives « marchés publics » dès le premier euro. Dans ce contexte, l'arrêt *Ville de Paris et assoc. Jean-Bouin* doit se comprendre de manière bien plus nuancée que ce qu'il paraît. L'arrêt lui-même met en réalité une nuance qu'il convient de ne surtout pas laisser de côté : il estime que l'absence d'obligation de publicité ou de mise en concurrence ne s'applique qu'aux contrats « ayant [...] pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ». *A contrario*, la règle peut ne pas s'appliquer dès lors que le contrat a un objet qui ne le limite pas à la simple occupation. Le Conseil d'État insiste en revanche en disant « qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel », refusant ainsi le critère de l'activité économique. Et pourtant... En pratique, la plupart des occupations domaniales sont à objet économique et ont pour objet, soit de permettre la réalisation d'un ouvrage public dont la personne publique récupérera la propriété quelques années plus tard, soit d'être le siège d'activités de service public. Dans ces hypothèses, l'entrée de ces contrats dans le champ du droit communautaire ou du droit interne de la commande publique est le plus souvent incontestable ; faut-il rappeler que même les concessions de plage sont considérées comme des délégations de service public depuis 2002 ? (*J. Morand-Deville, Les concessions de plages naturelles. Réflexions sur la délivrance des titres d'occupation domaniale : AJDA 2002, p. 481*). Si la plupart du temps, statistiquement, les occupations domaniales seront des marchés publics ou des concessions au sens communautaire, tel n'est pourtant pas la principale critique qui peut être faite à cet arrêt au regard du droit communautaire. Comme le disait déjà Ch. Vautrot-Schwarz (in *La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale : AJDA 2009, p. 568*), c'est surtout au regard du droit de la concurrence que les personnes publiques sont susceptibles de devoir mettre en concurrence leur domaine. À cet égard, le considérant du Conseil d'État insistant sur le fait que le principe de non-publicité demeure lorsque l'occupant est un opérateur économique sur un marché concurrentiel peut apparaître comme une fronde du juge national. L'article 102 TFUE (ex 82 CE) interdisant les abus de position dominante a permis de considérer que l'octroi d'autorisations domaniales (et peu importe qu'elles soient unilatérales ou contractuelles) pouvait affecter le jeu normal de la concurrence puisque le domaine public peut souvent s'analyser comme une ressource essentielle et, partant, les titres d'occupation comme des droits exclusifs et spéciaux (TPICE, 12 déc. 2000, aff. T-128/98, *ADP c/ Commission*, à propos des occupations dans les aéroports parisiennes). C'est le cas notamment de tous les réseaux des grands services publics. Les personnes publiques s'imposent d'ailleurs souvent une procédure de mise en concurrence sur ce fondement, comme cela a été le cas pour le « domaine public hertzien » (C. P et T, art L. 41-1) et les licences UMTS (TPICE, 4 juill. 2007, aff. T-475/04, *Bouygues SA, Bouygues Télécom SA c/ Commission : Europe 2007, comm. 216, obs. L. Idot ; Gaz. Pal. 2008, n° 9 note. T. Jansen et J. Philippe*). La déclaration nette d'une absence d'obligation générale de mise en concurrence dans cet arrêt ne modifie pas l'état du droit. Son caractère péremptoire n'est pourtant pas habituel de la part du Conseil d'État qui, d'ordinaire, n'hésite pas à être plus précis sur les exceptions à la règle générale, dans un souci de rigueur et de sécurité juridique. Cette



« *imperatoribrevitas* » est préjudiciable. Se limiter au droit du domaine « pur » dans le considérant de principe pour juger de l'absence de règle de mise en concurrence sans souligner que la règle posée s'efface devant les considérations de droit de la concurrence est une maladresse. Insister sur le fait qu'elle reste vraie lorsque l'occupant « est un opérateur sur un marché concurrentiel » frise l'erreur de droit. Au fond, on peut se demander si, dans un souci de respect de règles de concurrence, mais aussi de bonne gestion, poser un principe général de mise en concurrence n'aurait pas été une solution bien meilleure.

### 3. Régulation du marché intérieur

**4. - Régulation des jeux en ligne, opérateurs de paris en ligne, manifestations sportives, droits d'exploitation, libres prestations de service intracommunautaire, abus automatique de position dominante. (CE, 30 mars 2011, n° 342142, Sté Betclik Entreprises Limited (BEL) : JurisData n° 2011-005051 ; Dr. adm. 2011, comm. 63 note M. Bazex).** La dérèglementation des jeux en ligne en France – celle là même qui a envahi nos écrans publicitaires depuis –, d'origine communautaire, prend peu à peu sa place au sein du droit administratif français, et plus spécialement au sein du droit public économique. La réforme a été initiée par une procédure d'infraction contre la France formulée par la Commission en 2006 (IP/06/1362), suivi d'un avis motivé en 2007 (IP/07/909) et fondé sur l'absence de proportion entre ce que notre pays permettait au PMU ou à la Française des jeux et les restrictions qu'il apportait à l'accès aux sites de jeux des pays tiers. Cette procédure a cependant été officiellement clôturée en novembre 2010 (IP/10/1597) à la suite du vote de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne et de ses décrets d'application. L'arrêt du Conseil d'État est justement relatif à l'un d'entre eux puisqu'il s'agit de la contestation par la Sté Betclik Enterprises Limited (BEL) du décret n° 2010-614 du 7 juin 2010 relatif aux conditions de commercialisation des droits portant sur l'organisation des paris en relation avec une manifestation ou compétition sportives. Ce décret organise le fait que les fédérations sportives, détentrice des droits d'exploitation en général, bénéficient aussi du droit de « *consentir à l'organisation de paris sur les manifestations et compétitions sportives* » dans leur champ de compétence (C. sport, art. L. 331-1-1, issu de la loi de 2010). Ce droit s'exerce par des contrats conclus entre la fédération et des opérateurs de paris en ligne (ceux autorisés par la nouvelle AAI intitulée Autorité de régulation des jeux en ligne, ARJEL) qui organisent les relations entre les parties, et notamment prévoient le coût de la prévention et de la détection de la fraude qui revient aux opérateurs de paris. Ce décret a été contesté par la société Betclik qui est l'une des entreprises habilitées à faire des paris en ligne, celle-ci soulevant trois moyens tirés du droit communautaire (on notera qu'un arrêt sous le même numéro de requête avait déjà été rendu par la section du contentieux le 13 octobre 2010). D'abord, la société Betclik soulevait le moyen du non-respect de la procédure prévue à l'article 8 de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 qui prévoit que toute nouvelle règle technique doit être notifiée à la Commission, du fait de l'atteinte qu'elle porte potentiellement à la concurrence. Le Conseil d'État rejette ce moyen en considérant que la loi de 2010, codifiée aux articles L. 311-1-1 du Code du sport a été notifiée en application de la directive et que, partant, le contrôle a été effectué. Il juge ainsi que le décret lui-même « *n'institue pas par lui même une règle technique* », puisque celle-ci a en réalité été instituée par la loi, et cela nonobstant le fait que le décret ajoute une nouvelle règle (la rémunération de l'entreprise de paris en fonction des mises des joueurs). L'interprétation de la directive que fait ici le Conseil d'État semble justifiée par le fait que le juge interne a une marge de manœuvre selon les termes mêmes de la directive. Son article 8 dispose en effet que « *Les États membres procèdent à une nouvelle communication [des normes techniques à la Commission] dans les conditions énoncées ci-dessus s'ils apportent au projet de règle technique, d'une manière **significative**, des changements qui auront pour effet de modifier le champ d'application, d'en raccourcir le calendrier*

*d'application initialement prévu, d'ajouter des spécifications ou des exigences ou de rendre celles-ci plus strictes.* » La disposition contestée du décret est une exigence qui rend plus stricte la règle et peut être considérée comme étant au nombre de celles qui doivent être notifiées, mais il appartenait au Conseil d'État de dire si cette modification était ou non « significative ». Implicitement, la haute juridiction administrative répond par la négative. Ensuite, la requérante estimait que le droit de propriété conféré aux fédérations sur les droits d'exploitation constituait une atteinte à la libre prestation de service. Le Conseil d'État répond qu'en elle-même, cette organisation ne porte pas atteinte à la libre prestation de service, mais que les conditions de mise en œuvre de cette propriété pourraient y porter atteinte. Il analyse donc les contrats prévus entre les fédérations et les entreprises de paris comme des atteintes à cette liberté, tout en les estimant dans un second temps justifiées « dans leur principe » par le souci de « prévenir les risques d'atteinte à l'éthique sportive, à la loyauté et à l'intégrité des compétitions ». L'équilibre ainsi trouvé par le pouvoir réglementaire se trouve donc validé par le juge interne. Enfin, la Sté Betclik se réfère aux articles 102 et 106, paragraphe 1, TFUE relatifs à l'interdiction des droits exclusifs et spéciaux et aux abus de position dominante et estime que la création de ces droits d'exploitation s'analyse comme la mise en place de droits exclusifs et spéciaux et met les fédérations en situation d'abus automatiques de position dominante. On le sait, depuis la jurisprudence *CBEM c/ CLT et IPB* (CJCE, 3 oct. 1985, aff. C-311/84, *CBEM c/CLT et IPB*), l'abus de position dominante peut ne pas résulter d'une activité, mais du simple fait que la position impliquera nécessairement des abus. Le Conseil d'État n'adhère cependant pas à cette argumentation en l'espèce. Analysant les dispositions du décret qui interdisent justement la discrimination entre opérateurs agréés et l'impossibilité pour les fédérations sportive de détenir le contrôle d'un opérateur de paris, et qui prévoient que les contrats entre eux soient contrôlés à la fois par l'ARJEL et l'autorité de la concurrence, il estime que les garanties sont telles que les atteintes au TFUE ne sont pas avérées.