



HAL
open science

Droit des opérations publiques - Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de la mise en concurrence

Frédéric Allaire

► To cite this version:

Frédéric Allaire. Droit des opérations publiques - Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de la mise en concurrence. Contrats et marchés publics , 2018, 5. hal-04916664

HAL Id: hal-04916664

<https://hal.science/hal-04916664v1>

Submitted on 28 Jan 2025

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.

Copyright

Droit des opérations publiques - Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de la mise en concurrence - Etude par Frédéric ALLAIRE
Contrats et Marchés publics n° 5, Mai 2018, étude 7
Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de la mise en concurrence

Etude par Frédéric ALLAIRE maître de conférences, université de Nantes

À la faveur de plusieurs évolutions récentes, les relations entre secteur public et secteur marchand semblent devoir être soumises de manière généralisée à un impératif de transparence et de mise en concurrence. Dès lors, cette extension du champ de la mise en concurrence obligatoire déforme l'armature et altère la texture d'un droit de la commande publique qui semblait connaître une relative maturité.

1. - À peine le droit de la commande publique est-il en passe d'être consacré depuis notamment sa codification annoncée^{Note 1}, que les contours et la cohérence du droit de la mise en concurrence^{Note 2}, doivent être reconsidérés. À la faveur de plusieurs évolutions récentes, les flux entre secteur public et secteur marchand semblent devoir être soumis de manière généralisée à un impératif de transparence et de mise en concurrence qui déforme l'armature d'un régime juridique qui semblait connaître une relative maturité.

2. - Bien qu'encore inaboutie, cette mutation nous semble pourtant en germe depuis les origines du droit communautaire des marchés publics lorsque la directive du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux^{Note 3} a été adoptée en vertu de l'article 100 du traité instituant la communauté économique européenne ^{Note 4} qui stipulait que les instances, naguère, de la CEE œuvrent au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États-membres qui ont une incidence directe sur l'établissement du marché commun. En visant cet article et ses dérivés dans les traités qui suivirent, les instances de l'Union, faute de régimes ad hoc, disposaient d'un fondement juridique ouvert qui devait permettre d'élargir leur empire et d'établir une doctrine.

3. - En inscrivant leur interventionnisme dans la perspective de la constitution du marché intérieur, les instances de l'Union disposaient d'un fondement qui déplaçait la focale d'un droit qui, jusqu'alors, était justifié par des considérations administratives. Fondé historiquement sur la défense des intérêts financiers de l'administration^{Note 5}, l'objectif macro-économique renverse l'esprit du texte en en faisant le moyen au service de l'établissement « d'un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée »^{Note 6}. Dans la perspective des achats publics, cet objectif n'avait pas pour effet d'altérer fondamentalement l'architecture du régime de publicité et de mise en concurrence. S'appropriant les principes juridiques de l'Union, le droit national a pu ainsi procéder, sans risque d'incompatibilité, à la transposition des directives en leur assignant la vocation « d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics », formule consacrée par l'article 1er du Code des marchés publics annexé au décret du 7 mars 2001 ^{Note 7} et conservée jusqu'alors^{Note 8}. Elle fut reprise in extenso par le Conseil constitutionnel dans la décision du 26 juin 2003 ^{Note 9} par laquelle il consacra la notion de commande publique et ses principes fondamentaux. Le droit de l'Union et le droit français convergeaient alors, tout en ayant des ambitions distinctes, le Conseil Constitutionnel fondant quant à lui sa jurisprudence sur les articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789. Les deux objectifs ont d'autant plus aisément cohabité que le droit des marchés publics se sophistiquant, il a dépassé une approche strictement financière en ajoutant à l'objectif de protection des deniers publics, celui de l'efficacité de la commande publique par la recherche du mieux-disant. L'offre économiquement la plus avantageuse a ainsi permis d'assigner au droit des marchés publics une vocation non plus strictement financière, mais économique, qui rejoignait alors les ambitions du droit de l'Union.

4. - Cependant, la divergence des objectifs ne pouvait que temporairement résister à l'épreuve des enjeux économiques qui affluent. En fondant l'obligation de publicité et de mise en

concurrence sur les nécessités des opérateurs économiques et non celles des acheteurs, le droit de l'Union était génétiquement destiné à étendre son empire à d'autres formes de relations entre secteur public et secteur marchand quand bien même les intérêts de l'administration n'étaient pas en jeu. C'est ainsi que progressivement, la mise en concurrence s'est imposée comme une obligation devant garantir que l'octroi de l'ensemble des avantages économiques sous-jacents à l'exercice de l'administration publique était objectivement justifié. Dès lors, le droit de la mise en concurrence a étendu son emprise à un ensemble d'opérations publiques à la faveur du dépassement du champ d'application du droit des marchés, dont, par exemple, la soumission des autorisations d'occupation du domaine public, la cession de valeurs mobilières ou la cession de biens immobiliers constituent quelques manifestations.

5. - Cette extension du domaine de la mise en concurrence s'inscrit plus généralement dans une ambiance concurrentielle qui préside à une acception globale de la libre concurrence dans le droit de l'Union^{Note 10}. Cependant, il n'est pas aisé d'établir un lien de filiation, formel, en dépit d'une apparente congénitalité, entre le droit de la concurrence et celui de la mise en concurrence. Ainsi, tout en s'inscrivant dans le prolongement des jurisprudences de la CJUE imposant le respect des règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en particulier^{Note 11}, le Conseil d'État s'est toujours refusé à déduire que le respect du principe de libre concurrence devait nécessairement aboutir à une mise en concurrence^{Note 12}. Aussi a-t-il jugé avec constance, s'agissant par exemple des autorisations d'occupation du domaine public, qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'impose à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à leur délivrance^{Note 13}, seul le respect du droit de la concurrence s'imposant à ces catégories d'actes^{Note 14}. En revanche, il est possible de lire dans la soumission de toute forme d'action publique au droit de la concurrence, une indifférence aux catégories d'actes qui pouvait augurer de l'extension du champ de la mise en concurrence dès lors que le Conseil d'État avait admis la soumission généralisée au droit de la concurrence à des actes qui n'étaient pas limités aux seules activités de production, de distribution et de services^{Note 15} en intégrant notamment l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans le champ de la légalité administrative^{Note 16}.

6. - Dès lors, le franchissement des limites du droit de la mise en concurrence telles qu'elles semblaient aujourd'hui en voie de consolidation soulève, la question de la redéfinition de son empire et de ce qu'il lui reste à conquérir. Il emporte peut-être aussi à la faveur de l'extension de son champ d'application, une transformation du régime même des procédures de mise en concurrence qui augurerait de nouvelles perspectives tant de développement que d'altérations des procédures telles qu'elles ont été définies dans le droit de la commande publique.

7. - Ainsi, nous désignerons le phénomène que nous décrivons comme celui de l'émergence d'un « droit des opérations publiques » dont la vocation consiste à synthétiser les différents régimes de publicité et de mise en concurrence qui se sont manifestés sous l'empire de principes généraux jusqu'à présent désignés en droit français en tant que principes de la commande publique. Comme celle de commande publique, au moins originellement^{Note 17}, la notion d'opération publique ne constitue pas une qualification juridique. Son utilisation ne peut même prétendre, contrairement à la commande publique, au bénéfice d'une seule évocation. Cependant, la formule nous est apparue la plus appropriée pour dessiner les contours d'un phénomène émergeant des différentes qualifications qu'il recouvre. À cette fin, l'identification du droit des opérations publiques nous permet de préciser les caractéristiques du champ d'application du droit de la mise en concurrence tel qu'il s'est développé jusqu'à présent et dont on peut se demander s'il n'annonce pas l'émergence d'un régime général qui aurait vocation, à terme, à s'imposer à toute forme d'acte d'administration. Dans cette perspective, le droit des opérations publiques^{Note 18} désignerait un régime juridique qui soumette aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence, l'octroi (1) par une autorité attributaire à un opérateur économique d'un avantage (2) susceptible d'une exploitation économique (3).

1. L'octroi

8. - Si le droit des marchés publics moderne a conféré au droit de la mise en concurrence un champ d'application caractérisé par la dimension contractuelle de l'acte d'achat, cette acception nous semble en voie d'être dépassée pour accueillir de nouvelles hypothèses qui ne sont pas nécessairement définies par une relation d'échange et l'existence d'un rapport créancier-débiteur. L'extension récente du champ d'application du droit de la mise en concurrence emporte ainsi une contestation de sa dimension fondamentalement synallagmatique que le recours à la notion « d'octroi » vise à caractériser. Emprunté au droit pénal de la commande publique^{Note 19}, elle apparaît désormais comme une caractéristique centrale de la définition des objets du droit de la mise en concurrence que le droit des marchés publics semblait avoir progressivement éludé au cours de son histoire. À plusieurs égards, il nous semble même pouvoir être défendue l'idée suivant laquelle ce déplacement de focale était sous-jacent à l'émergence de la notion de commande publique qui augurait d'une extension du droit de la mise en concurrence.

A. - Le dépassement de la conception synallagmatique

9. - Le droit des opérations publiques rompt avec le droit de la commande publique en ce qu'il soumet désormais à des obligations de transparence et de mise en concurrence, certaines opérations entre secteur public et secteur marchand, qui n'empruntent pas nécessairement une forme contractuelle. Formellement, ce constat procède de la consécration récente, depuis l'ordonnance du 19 avril 2017^{Note 20}, de la soumission des autorisations d'occupation du domaine public à « une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester » ou à tout le moins à une « publicité préalable de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution »^{Note 21}. S'il aura fallu attendre l'arrêt de la CJUE, *Promoimpresa Srl et Mario Melis* du 14 juillet 2016^{Note 22} pour stimuler le pouvoir normatif français, ces obligations désormais codifiées, étaient déjà inscrites dans la lettre de la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur^{Note 23} dont le champ d'application ne se résume pas aux autorisations d'occupation du domaine public mais vise toute forme d'autorisations.

10. - Cette extension du champ de la mise en concurrence est ici étrangère à la forme unilatérale ou contractuelle du titre d'occupation du domaine public, le texte ne faisant pas le départ, à plusieurs égards délicats^{Note 24}, entre les conventions et les autorisations d'occupation du domaine public^{Note 25}. Il s'agit là d'une transformation fondamentale qui s'inscrit dans la perspective du droit de l'Union, indifférente en ce domaine à l'existence d'une réciprocité d'intérêts^{Note 26}. La définition du champ d'application du droit des opérations publiques remet ainsi en cause non seulement la délimitation contractuelle du droit de commande publique mais encore son caractère synallagmatique qui dessinaient les contours du droit des marchés publics et du droit des concessions dont les qualifications respectives emportent une référence au contrat^{Note 27}.

11. - Cette rupture était en germe en ce qu'elle est intimement liée à la divergence de philosophie entre le droit français et le droit de l'Union dont les directives sonnaient le glas depuis leurs origines malgré la consécration de la notion même de commande publique qui devait en limiter les effets.

12. - Le droit de la commande publique est né de la nécessité d'élargir le cercle du droit de la mise en concurrence à des contrats qui entraient dans la définition des marchés de travaux au sens des directives européennes sans par ailleurs entrer dans le champ du code des marchés publics en raison notamment du fait que la maîtrise d'ouvrage était privée. Aussi, après avoir été seulement évoquée dans la décision du Conseil constitutionnel du 6 décembre 2001^{Note 28}, la commande publique est érigée au rang d'objet des principes fondamentaux de liberté d'accès,

d'égalité de traitement et de transparence par plusieurs décisionsNote 29 dont celle du 26 juin 2003Note 30 . L'émergence du droit de la commande publique faisait ainsi écho aux jurisprudences de la CJUE dans lesquelles elle qualifiait un contrat de marché public de travaux dès lors qu'il emportait la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur indépendamment de l'identité du maître d'ouvrageNote 31 .

13. - Ainsi, la notion de commande publique a été retenue pour nommer des contrats distincts des marchésNote 32 tout en circonscrivant l'application de ses principes.

14. - Cependant, cette consécration constitutionnelle qui devrait aboutir formellement à l'adoption d'un code de la commande publique, semble faire figure de ligne Maginot dès lors que le champ d'application des principes de l'Union européenne ne fait pas l'objet des restrictions que la qualification de commande publique a vocation à imposer en liant les obligations de transparence et de mise en concurrence à la satisfaction des besoins ou des intérêts de l'adjudicataire.

15. - Aussi, la notion de commande publique a-t-elle constitué une qualification strictement nationale cherchant vainement à endiguer un phénomène de soumission généralisée des opérations entre secteur public et secteur marchand que sous-tend le droit de l'Union, indifférent, d'ailleurs, à cette terminologie. Ainsi, les directives comme la jurisprudence émanant des instances juridictionnelles de l'Union n'utilisent qu'à de rares exceptions cette formulation. On peut trouver pour la première fois, son évocation à deux reprises dans le préambule de la directive du 31 mars 2004 Note 33 , puis de manière tout aussi anecdotique dans celle du 26 février 2014Note 34 . Peu utilisés en droit de l'Union, les termes de « commande publique » le sont peut-être même abusivement si l'on considère que cette terminologie est absente des autres traductions notamment des versions en anglais dans lesquelles il n'est utilisé que les termes procurement ou purchasing qui renvoie à la notion d'approvisionnement ou d'achat. Ainsi est-il frappant de constater que l'idée d'une demande, de l'expression d'un besoin, de la satisfaction d'un intérêt public est absente des termes utilisés dans les autres langues de travail ou officielles de l'Union européenne. L'enjeu nous apparaît donc comme celui de la circonscription de principes de transparence et de mise en concurrence aux seuls contrats qui présentent un intérêt pour le secteur public, en satisfaisant ses besoins. Il ressort aussi nettement du débat qui s'est noué dans la doctrine française pour définir les contrats de commande publique et pour notamment chercher à déterminer si les concessions en relèvent bienNote 35 .

16. - Ce débat qui, par son existence même, traduit l'embarras à dessiner fidèlement ses contours, révèle surtout la contradiction originelle entre le droit français et le droit de l'Union dont l'enjeu fondamental est, par-delà les qualifications, celui de l'empire du droit de la mise en concurrence. Rétrospectivement, l'effort de reconstruction en droit interne du champ de la mise en concurrence obligatoire était vain, le droit de l'Union ouvrant la voie au dépassement de l'acception strictement contractuelle qui présidait à l'émergence d'un droit de la commande publiqueNote 36 .

B. - La portée de l'unilatéralisme

17. - Si l'on considère cette transformation fondamentale du champ de sujétions au droit de la mise en concurrence, celle-ci ne manquera pas de soulever de nouvelles difficultés pour en saisir les contours.

18. - En premier lieu, alors que le droit français n'a pas pris toute la mesure des termes de la directive Service de 2006, ceux-ci emportent des perspectives majeures pour des autorisations même gratuites qui satisferaient aux autres conditions fixées par ailleurs. On songe ainsi notamment aux délégations unilatérales de service public qui, si elles ne sont pas pléthoriques, pourraient voir leur statut ainsi modifiéNote 37 et aux autorisations d'occupations du domaine privéNote 38 . L'article 4, 6) de la directive Service vise tout régime d'autorisation ayant pour

effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice. Seraient ici concernées les autorisations, licences, agréments ou concessions ainsi que les autorisations nécessaires pour pouvoir exercer une activité, être inscrit à un ordre professionnel ou dans un registre, dans un rôle ou une base de données, d'être conventionné auprès d'un organisme ou d'obtenir une carte professionnelle^{Note 39}. On songe ainsi d'emblée aux licences de taxis (C. transp., art. L. 3121-1-2 et s.), aux autorisations d'émettre^{Note 40}, aux permis de polluer^{Note 41} et plus généralement au marché des autorisations administratives à objet économique^{Note 42}.

19. - En second lieu, faut-il encore songer aux aides publiques qui seraient susceptibles d'entrer dans le champ du droit des opérations publiques en dépassant l'ambiguïté inhérente à leur qualification sur laquelle la jurisprudence s'est prononcée à maintes reprises^{Note 43} pour les distinguer des contrats de commande publique. La précision apportée par chacune des ordonnances « Concession » et « Marché » pour rappeler qu'elle n'en relève pas^{Note 44}, trahit la confusion qui peut ressortir à la fois du fait que les motifs de l'attribution de la subvention doivent être fondés sur l'existence d'un intérêt public, mais encore que la distinction entre l'existence d'une contrepartie au versement d'une somme d'argent et le respect des conditions imposées pour ce versement ne présente pas une ligne de démarcation franche. En admettant dans le champ de la mise en concurrence des hypothèses qui ne présentent pas une dimension synallagmatique, le droit de l'Union soulève la question des raisons qui pourraient encore justifier du maintien de ces flux en dehors du champ de toute procédure de sélectivité. Sans doute pourrait-on observer que les aides d'État étant par principe prohibées^{Note 45}, il serait incongru d'imposer un régime d'attribution. Cependant, les exceptions sont nombreuses au premier rang desquels figurent le régime de minimis^{Note 46} et celui des aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, qui ouvrent des perspectives importantes de transfert de fonds vers des opérateurs économiques^{Note 47}. Au-delà de l'enjeu de l'effectivité du droit des aides, le champ de ces exceptions est suffisamment large pour justifier d'envisager cette perspective. On comprend à ce titre que depuis les directives du 31 mars 2004, certains marchés subventionnés directement à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs soient soumis aux directives Marché^{Note 48}.

20. - Faute de réciprocité, l'enjeu de la redéfinition du champ d'application du droit de la mise en concurrence a étroitement partie liée avec l'avantage octroyé.

2. L'avantage

21. - Comme pour la commande publique, l'essence précède ici l'existence en considération du fait que la mise en concurrence trouve sa raison d'être dans la nécessité d'un choix. Si tous les octrois publics ne sont pas saisis par une obligation de mise en concurrence, la typologie des hypothèses tend progressivement vers l'exhaustivité. Il n'est pas donc inopportun de saisir l'ensemble de ces situations par une qualification générique telle que celle « d'avantage » qui renvoie à l'idée d'une allocation consistant à placer son titulaire dans une situation privilégiée^{Note 49} à raison d'un phénomène de rareté qui peut être soit consubstantielle à certaines opérations, soit contextuelle.

A. - Les avantages consubstantiels

22. - L'avantage n'a pas besoin d'être nommé pour imposer un régime de sélectivité. Cependant, il est un élément inhérent de la soumission d'un nombre croissant d'opérations à des régimes de publicité et de mise en concurrence.

1° Les contrats de commande publique

23. - La limitation du nombre d'opportunités est consubstantielle du droit des marchés publics et des concessions. Même si plusieurs possibilités permettent de partager l'avantage consenti par

l'attribution d'un marché public ou d'une concession en recourant notamment à l'allotissement, aux groupements d'entreprise ou à la sous-traitance, le principe reste celui de l'unicité de l'attribution du contrat de commande publique.

24. - L'histoire du droit de la commande publique est celle de l'extension de son empire, réduisant progressivement à la portion congrue les hypothèses dans lesquelles les avantages consentis échappent à toute mise en concurrence. Ce processus est connu et fort bien décrit Note 50 . Le droit des marchés publics s'est densifié en embrassant le plus largement les besoins du secteur public pour soumettre à son régime de passation l'ensemble des contrats conclus à titre onéreux par des pouvoirs et entités adjudicateurs pour leur satisfaction en matière de travaux, fournitures et services. La généralisation s'est construite à partir de la directive du 26 juillet 1971 Note 51 dont le champ d'application était limité aux marchés publics de travaux lorsque deux directives s'appliquant aux marchés de fournitures et de services ont offert des qualifications génériques qui ont permis de saisir tout type de besoin. Cette salve de directives a initié un mouvement qui se déploiera progressivement tout au long des années 1990 et 2000, d'extension matérielle et organique du champ d'application du droit des marchés publics qui a rejailli par l'effet de « marchéisation » Note 52 du droit des concessions, sur son régime.

25. - D'un point de vue organique, il est acquis que la définition de la notion d'acheteur ou d'autorité concédante embrasse largement le secteur public pour soumettre aux ordonnances « le plus grand nombre d'entités possibles aux règles de mise en concurrence » Note 53 .

26. - Du point de vue matériel, les avantages échappant à toute mise en concurrence sont réduits à la portion congrue. Désormais, tout contrat conclu à titre onéreux visant à satisfaire les besoins des acheteurs constitue un marché public hormis les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs, les subventions et les contrats de travail qui sont autant d'hypothèses que l'article 7 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 vise à titre pédagogique en raison du fait qu'en toute hypothèse, fait défaut, pour chacune d'elles, un élément de la définition du marché public. L'extension s'est encore manifestée en intégrant notamment tous les montages contractuels impliquant une maîtrise d'ouvrage privée dès lors qu'il emportait un « intérêt économique direct pour l'attributaire » Note 54 . C'est ainsi qu'est né le droit de la commande publique qui a élargi son empire en intégrant dans son champ tout titre d'occupation du domaine public dans le cadre d'un marché ou d'une concession Note 55 et justifié la soumission des contrats de partenariat devenus depuis marchés de partenariat, intégrés dans l'ordonnance Marché, aux principes du droit de la commande publique.

27. - L'avantage recouvre en outre, depuis l'adoption de la directive Concession, aussi bien les services que les travaux Note 56 embrassant le plus largement possible toutes les hypothèses relevant d'un phénomène concessif. La qualification s'avère d'autant plus globalisante que l'épithète « public » est désormais absente de cette définition.

28. - L'ambition du droit de la commande publique de soumettre l'attribution de tout avantage à une procédure de publicité et de mise en concurrence tend vers l'exhaustivité que seules quelques exclusions justifiées par des motifs factuels en réduisent la portée en prévoyant une série d'exceptions, limitée, autorisant le recours à la passation de marchés sans publicité, ni mise en concurrence.

2° Les prises de participations

29. - À côté de ces formes historiques, des développements récents ont saisi des relations inédites entre secteur public et secteur marchand. Si le prisme reste celui de la commande publique, les perspectives qu'elles tracent, ouvrent la voie à l'intégration grandissante d'avantages procédant de formes dérivées. Ainsi, depuis l'arrêt de la CJUE du 15 octobre 2009, ACOSSET SpA Note 57 et la communication de la commission européenne du 5 février 2008, il est admis que les prises de participation dans la constitution de société d'économie mixte pouvaient être soumises à une procédure transparente et concurrentielle afin de choisir le ou les

opérateurs économiques constitutifs du pacte d'actionnaires et détenteurs des parts de la société en partie constituée, par ailleurs, de capitaux publics. L'avantage est ici encore manifeste en raison du caractère privilégié qu'emporte la participation à une société d'économie mixte notamment par les commandes publiques qu'elle est susceptible de satisfaire et les dividendes qui peuvent en être retirés. Reste en suspens la question de la généralisation de la soumission des participations à des sociétés d'économie mixte, aux principes de l'Union européenne. La jurisprudence ACOSSET a dans cette perspective, une portée limitée en ce qu'elle conclut sur ce qui est permis et non sur ce qui est obligatoire. En effet, l'arrêt précise que « si l'absence de mise en concurrence dans le cadre de l'attribution de services apparaît inconciliable avec les articles 43 CE et 49 CE et avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, la sélection de l'associé privé dans le respect des exigences rappelées aux points 46 à 49 du présent arrêt et le choix des critères de sélection de l'associé privé permettent de remédier à cette situation, dès lors que les candidats doivent établir, outre leur capacité à devenir actionnaire, avant tout leur capacité technique à fournir le service et les avantages économiques et autres découlant de leur offre ». L'avantage économique que pourrait retirer l'investisseur privé est ainsi soumis à une procédure de sélection en ce qu'elle ouvre sur l'attribution d'un contrat de commande publique.

30. - Il semble donc difficile de généraliser la soumission des principes de l'Union à l'acquisition de valeurs mobilières qu'elle intervienne dès la constitution de la société ou a posteriori. Pourtant, le champ de la mise en concurrence ne cesse de s'étendre, soumettant la création des sociétés d'économie mixte d'aménagement à opération unique^{Note 58} et des sociétés d'économie mixte hydroélectrique^{Note 59} à un régime analogue.

31. - Par ailleurs, dans cette même perspective, la réforme du régime de cession de participations publiques nous semble désormais témoigner d'une sensibilité partagée aux principes de transparence et de mise en concurrence dans laquelle peut-on, peut-être, percevoir les prémices d'une convergence vers les régimes de mise en concurrence. Ainsi, l'article 27 de l'ordonnance du 20 août 2014 sur les sociétés à participation publique^{Note 60} prévoit désormais que pour les cessions hors marché financier, la commission des participations et des transferts émet un avis sur les modalités de la procédure, qui doit respecter les intérêts du secteur public, puis sur le choix du ou des acquéreurs et les conditions de la cession proposés par le ministre chargé de l'économie. La commission tient notamment compte de la valeur de la société, des droits statutaires ou contractuels de toute nature accordés au secteur public, de la nature de l'opération, du prix, des caractéristiques des acquéreurs en cause et du projet industriel et stratégique afférent à l'opération.

32. - Bien que les cessions hors marchés comme celles sur les marchés n'emportent pas nécessairement une mise en concurrence^{Note 61}, la cession de participation est néanmoins saisie par l'obligation de définition préalable d'une procédure de sélection qui s'est manifestée à plusieurs reprises par la publication d'appels d'offres^{Note 62}.

33. - S'il n'est pas question ici de forcer le trait pour édifier une représentation pure et parfaite du phénomène que nous décrivons, il nous semble que cette évolution témoigne néanmoins d'un phénomène de généralisation des principes de transparence et de sélectivité qui caractérise un nombre croissant d'opérations publiques parmi lesquelles les exceptions font figures d'hypothèses en voie de marginalisation. À ce titre, il faut observer que la tendance reste ici, néanmoins limitée aux cessions d'actions, l'article 24 de l'ordonnance du 20 août 2014 disposant que « les opérations par lesquelles l'État se porte acquéreur d'une participation sont décidées par décret lorsqu'elles entraînent le transfert de la majorité du capital d'une société au secteur public » et que « les autres opérations d'acquisition par l'État sont décidées par le ministre chargé de l'économie ». Les opérations d'acquisitions de participations demeurent ainsi soumises au principe d'un échange de gré à gré.

3° Les cessions de biens

34. - Enfin, le droit de la mise en concurrence semble investir les hypothèses de cessions de biens immobiliers en considération de l'avantage qui peut en ressortir. En effet, depuis la loi du 9 décembre 2016 Note 63 , l'article 34 habilite le gouvernement à adopter par ordonnance les « règles régissant les transferts de propriété réalisés par les personnes publiques, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables aux opérations de cession et de faciliter et sécuriser leurs opérations immobilières ». Cependant, l'ordonnance du 19 avril 2017 n'est pas allée jusqu'au terme de l'habilitation qui lui avait été consentie. S'il reste au gouvernement encore quelques mois pour en tirer toutes les conclusions, il apparaît ici encore que ce type d'échanges ne puisse guère échapper à la généralisation de l'obligation de mise en concurrence Note 64 qui préexistait à cette ordonnance s'agissant des ventes des immeubles du domaine privé de l'État devant être consentie avec publicité et mise en concurrence, soit par adjudication publique, soit à l'amiable (CGPPP, art. R. 3211-2) en fonction de critères de sélection des offres prennent notamment en compte les conditions financières proposées ainsi que les garanties de bonne fin et de solvabilité présentées (CGPPP, art. R. 3211-5). L'avantage que constitue la cession de biens immobiliers, pourrait aussi utilement s'élargir aux biens mobiliers dont la cession n'est conditionnée qu'à l'interdiction de cession à vils prix (CGPPP, art. L. 3211-18) sauf exceptions visées par les articles L. 3212-2 et suivants du CGPPP.

B. - Les avantages contextuels

35. - La généralisation du droit de la mise en concurrence résulte en outre, de l'obligation de saisir les hypothèses de rareté procédant du contexte dans lequel la relation se noue. Cette extension de l'empire du droit de la mise en concurrence vise à appréhender les avantages découlant de l'octroi d'autorisations administratives qui, suivant le contexte, peuvent être la conséquence d'une rareté subie ou volontaire.

36. - Ainsi, le régime de délivrance des autorisations administratives implique-t-il nécessairement une rareté dont la directive Service de 2006 comme l'ordonnance du 19 avril 2017, en font un critère d'application. En effet, suivant l'article 12 de cette directive, les autorisations visant à permettre le déroulement d'activités économiques qui sont limitées en raison de la rareté des « ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables », obligent les États membres à appliquer une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture. Dans le champ de la directive Service, la rareté est circonscrite à des contingences subies de sorte qu'elle ne saurait procéder d'un acte volontaire. Dès lors, la sélectivité ne s'impose pas à l'attribution des autorisations administratives dont le nombre est limité à des fins de régulation d'une activité donnée. Par conséquent, il apparaît qu'un certain nombre d'hypothèses se trouvent exclues des principes de transparence, d'égalité de traitement et liberté d'accès quels que soient les motifs implicites de cette limitation volontaire (organisation d'une corporation, adéquation de l'offre à la demande, objectif de santé publique...).

37. - Le champ du régime de sélectivité est aussi par ailleurs circonscrit par l'empire de la directive Service en ce qu'elle ne s'applique, en l'état de la jurisprudence, qu'aux autorisations présentant un intérêt transfrontalier. Cette dernière précision limite ainsi la portée du dispositif dont néanmoins il faut par prudence peut-être considérer que cette limitation n'est peut-être que temporaire en ce que, comme le précise l'avocat général dans ses conclusions sur l'arrêt R. L. Trijber du 1er octobre 2015 Note 65 , l'article 2 dispose que la directive s'applique « aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre » de sorte qu'« une activité transfrontalière n'est mentionnée à aucun endroit ». En outre, dans ces mêmes conclusions, l'avocat général rappelle que lors de l'adoption de la directive 2006/123, plusieurs amendements qui avaient été déposés sur le bureau du Parlement européen, qui visaient à reformuler l'article 2, paragraphe 1, de la directive de façon à en limiter le champ d'application

aux situations transfrontalières, ont été refusés, permettant ainsi de déduire que le législateur entendait bien que la directive 2006/123 s'applique sans restrictions.

38. - Parmi les autorisations administratives soumises à une procédure préalable de mise en concurrence, l'ordonnance du 19 avril 2017 réserve un sort particulier à celles portant occupation et utilisation privative du domaine public. Ici encore, la condition de rareté constitue un paramètre de son champ d'application en ce que le régime de sélection préalable ne s'impose que lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée est limité. Ainsi, ce n'est qu'en l'absence de rareté ou par exception, lorsque l'autorisation est de courte durée, que l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution. Contrairement au champ d'application de la directive Service, l'ordonnance est indifférente aux causes du caractère limitatif du nombre d'autorisations pouvant être accordées. Dès lors, l'obligation d'attribution après sélection pourrait s'imposer que la rareté soit subie pour des motifs techniques ou naturels ou qu'elle soit volontaire pour tout autre motif, notamment de régulations des activités sur le domaine public.

39. - En visant tout avantage, consubstantiel ou contextuel, procédant des opérations publiques, le droit de la mise en concurrence voit ainsi son champ d'application largement étendu. Cependant, l'avantage tel qu'il est saisi par le droit, n'emporte ici aucun jugement de valeur en ce qu'il est indifférent à la capacité de son titulaire à en tirer effectivement un bénéfice économique. Toutefois, les impératifs de transparence et de sélectivité ne s'imposent que dans la mesure où cet avantage est susceptible, néanmoins, de présenter un intérêt économique.

3. L'intérêt économique

40. - La formule « d'intérêt économique » Note 66 permet de recouvrir les hypothèses visées par l'ensemble des régimes spéciaux composantes du « droit des opérations publiques » dont la définition a étroitement partie liée avec la valorisation économique des relations qui peuvent se nouer entre secteur public et secteur marchand. C'est parce que les flux entre ces parties emportent un intérêt économique que le droit de la mise en concurrence s'est imposé. La dimension économique de la relation juridique constitue ainsi un élément déterminant de son champ d'application. Si celle-ci est consubstantielle de la relation juridique ou du statut du bénéficiaire dans les différentes hypothèses visées par le droit des opérations publiques, elle n'est pas manifeste s'agissant du régime de délivrance des autorisations d'occupation du domaine public pour lequel l'ordonnance du 19 avril 2017 prévoit que la procédure de sélection s'impose lorsque l'autorisation « permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique ».

A. - L'intérêt économique direct

41. - L'intérêt économique est caractérisé dans plusieurs hypothèses couvertes par le droit des opérations publiques en ce qu'il est consubstantiel de l'objet de la relation juridique. Ainsi en est-il du droit de la commande publique qui procède du caractère onéreux des marchés publics et de l'existence d'un risque d'exploitation dans les concessions.

42. - Dans cette perspective, tout titulaire d'un de ces contrats est de manière tautologique, un opérateur économique Note 67 , à l'exception, hypothétique, des personnes publiques ne satisfaisant pas aux conditions posées par l'arrêt du Conseil d'État du 30 décembre 2014, Armor SNC Note 68 . La même observation peut être faite s'agissant de la cession de biens immobiliers et de valeurs mobilières dans la mesure où la valeur économique procède de l'échange même, objet de la convention.

43. - S'agissant du régime de sélection susceptible d'être appliqué lors de la délivrance d'autorisations administratives nécessaires à une activité donnée telle que l'impose la directive Service du 12 décembre 2006, l'intérêt économique procède du statut du bénéficiaire de cette

autorisation lequel est désigné comme un « prestataire » définit par « toute personne physique ressortissante d'un État membre ou personne morale qui exerce une activité de services dans un État membre ». Large, la définition fait écho à la définition de l'entreprise telle qu'elle ressort du droit de l'Union qui l'identifie comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » Note 69 . C'est ainsi l'activité économique qui constitue l'élément d'identité de ces acteurs dès lors qu'elle implique des échanges économiques, à but lucratif ou non Note 70 dont la jurisprudence n'exclut de son champ que quelques hypothèses limitées imposant une solidarité Note 71 ou l'exercice de prérogatives de puissances publiques Note 72 .

44. - La question est plus délicate s'agissant de l'extension du droit de la mise en concurrence aux autorisations d'occupation du domaine public en ce que l'intérêt économique ne procède pas de l'objet même de la relation juridique mais en constitue un effet induit ou espéré. La formule retenue par l'ordonnance du 19 avril 2017 est celle d'une autorisation qui « permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique ». Cette formule étend largement le champ des possibles non seulement parce que la notion d'exploitation économique n'est guère restrictive Note 73 mais encore parce que cette condition n'a pas à caractériser l'objet même de l'autorisation mais l'utilisation qui pourrait en être faite. Restera ainsi à définir le lien de causalité que sera susceptible de constituer l'autorisation sollicitée entre l'octroi de l'avantage qu'elle représente et sa valorisation économique potentielle. L'évocation des espèces de l'arrêt Ville de Paris – Association Paris Jean Bouin du Conseil d'État du 3 décembre 2010 Note 74 à travers le prisme de l'ordonnance du 19 avril 2017 ne manquerait pas d'illustrer la difficulté qui pourrait naître de l'interprétation de l'utilité économique que pourrait constituer pour l'association Jean Bouin ou la société Paris Tennis, dans des mesures peut-être différentes, une autorisation d'occupation du stade Note 75 .

45. - La question de l'intérêt économique en tant qu'il définit les contours du champ d'application du droit de la mise en concurrence pose ainsi la question de la dissipation de ses effets dans les opérations publiques dont on peut voir qu'ils ne sont pour l'instant appréhender que *prima facie*.
B. - L'exclusion des intérêts économiques subsidiaires

46. - Il apparaît en effet que le droit de la mise en concurrence ne saisit pas tous les intérêts économiques qui peuvent procéder d'une opération publique. Ainsi est-il acquis le principe suivant lequel les sous-contrats et les cessions de contrat qui peuvent donner lieu à l'octroi d'un avantage par ricochet ne sont pas soumis à un régime de mise en concurrence même si le champ de l'exclusion tend à se réduire.

47. - Les sous-contrats ne sont pas étrangers au droit de la mise en concurrence en ce que le droit des marchés publics comme le droit des concessions les identifient pour les soumettre à un régime d'agrément Note 76 . En outre, le recours aux sous-contrats et notamment la sous-traitance connaît depuis peu quelques restrictions nouvelles. Après que la sous-traitance intégrale eut été prohibée, a été offerte la possibilité pour les acheteurs d'interdire que certaines tâches essentielles ne puissent faire l'objet d'une sous-traitance ou d'un sous-contrat Note 77 . Toutefois, le choix des sous-traitants et les titulaires d'un sous-contrat de concession ne sont soumis à aucune procédure de publicité et de mise en concurrence préalable. Sans doute faut-il encore voir dans cette restriction le fait que le dispositif semble suffire à garantir les intérêts de l'administration sur une question que les directives ne traitent pas.

48. - Cependant, si ce pas n'a pas été franchi pour les marchés publics et les concessions, quelques hypothèses se dégagent pour lesquelles la mise en concurrence est une obligation liminaire à l'acceptation d'un sous-contractant. Ainsi en est-il des marchés de défense ou de sécurité pour lesquels l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit que « l'acheteur peut imposer au titulaire de mettre en concurrence les opérateurs économiques afin de les choisir comme sous-contractants ». De même est-il prévu depuis le décret du 26 mai 2006 Note 78 , codifié à l'article L. 2124-4, II, alinéa 3 du CGPPP que, s'agissant des concessions de pages, « les éventuels

sous-traités d'exploitation sont également accordés après publicité et mise en concurrence préalable ». S'il avait été envisagé un moment de contrôler la sous-traitance dans le cadre de l'exécution des contrats confiés à une société d'économie mixte à opération unique en imposant une procédure de mise en concurrence globale qui intègre les projets de contrats de sous-traitance à conclure entre la société d'économie mixte et les prestataires désignés dans le ou lesdits projets de contrats, pour répondre à des besoins connexes à l'objet du contratNote 79 , cette option avait été abandonnée en cours d'adoption de la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 relative aux sociétés d'économie mixte à opération uniqueNote 80 renvoyant ainsi le choix du sous-traitant au régime auquel est soumis le contrat confié à la SEMOP. Dès lors, le libéralisme qui caractérise le régime des sous-contrats dans le droit des marchés publics et celui des concessions rejaillit ici sur le régime des sous-traitants dans les SEMOP.

49. - Pourtant, l'absence de mise en concurrence soulève quelques interrogations en ce qu'elle tend à rompre avec les principes des contrats soumis à obligation de publicité et de mise en concurrence pour la raison essentielle que les sous-contrats peuvent être conclus après l'attribution du contrat principal. L'enjeu est ici encore économique en ce que l'absence de mise en concurrence peut permettre de privilégier certains opérateurs économiques par l'avantage qui leur est personnellement consenti sous couvert du fait qu'ils sont, par ailleurs, obligés indirectement par les termes d'un contrat déjà conclu après mise en concurrence et dont le titulaire principal reste responsable à l'égard de l'administration cocontractante. On peut ainsi songer aux pratiques généralement peu visibles consistant à céder a posteriori une partie du marché par le truchement d'une sous-traitance au concurrent évincé en échange d'un désistement lors d'un recours qui risquerait de prospérer ou de retarder le début d'exécution d'un marchéNote 81 . L'attribution a posteriori de la sous-traitance est aussi un moyen bien compris de rémunérer sans procédure les actionnaires privés des sociétés d'économie mixte soit directement, soit par le biais de filiales. Outre l'opacité comptable que peuvent générer ces pratiques notamment dans l'exécution de contrats de concession, l'intérêt économique échappe d'autant plus à l'analyse sélective lorsque la SEM est en situation de quasi-régie. Ainsi, hormis les SEMOP, la participation d'un actionnaire privé à une SEM in house lui permet de prétendre à l'exécution du marché ou de la concession attribué à celle-ci en sollicitant le statut de sous-traitant sans jamais passer sous les fourches d'une procédure de mise en concurrence.

50. - En outre, la cession de contrat échappe aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont le régime est, dans son principe, fondé comme pour les sous-contrats sur une autorisation préalable délivrée par le cocontractant. La cession de marché ou de concession est depuis la dernière réforme du droit de la commande publique, expressément visée au titre des modifications contractuelles autorisées dans l'hypothèse soit de l'exécution d'une clause de réexamen du contrat, soit d'une opération de restructuration de l'attributaire initial. Dans cette dernière hypothèse, le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initiale. Le droit de la commande publique a-t-il ainsi intégré le régime d'agrément des cessions de contrats reconnu depuis fort longtempsNote 82 dont le principe a été étendu à d'autres types de contrats que ceux de commande publique en soumettant notamment la cession des autorisations d'occupation du domaine public à pareilles contingencesNote 83 lorsqu'un régime spécial n'en prévoyait pas l'obligationNote 84 . À ce titre, la cession de contrat et même plus largement d'autorisationsNote 85 continue de s'inscrire dans la perspective exclusive de la défense des intérêts de l'administrationNote 86 .

51. - En somme, il ressort de la soumission récente de nombreuses opérations publiques à des obligations de mise en concurrence qu'elle suggère une révolution dans toute son acception. Dans un sens, les nouvelles extensions du champ d'application du droit de la mise en concurrence autorisent à envisager sa généralisation et la systématisation des modalités de constitution des rapports juridiques entre secteur public et secteur économique. Dans un autre, chemin faisant, le droit de la mise en concurrence semble avoir effectué une rotation complète

pour en revenir à ses logiques initiales suivant lesquelles la nature de ce lien est fondamentalement marquée par sa dimension unilatérale. Il remet ainsi en lumière le caractère foncièrement déséquilibré et descendant des relations entre secteur public et secteur marchand que l'on avait pu négliger en concentrant notre attention sur la figure contractuelle de la commande publique pourtant « dérivé » ou « bifurcation d'un acte unilatéral »^{Note 87} auquel tout le champ lexical de l'attribution des marchés à un titulaire par un pouvoir adjudicateur aurait dû nous ramener. Le moment venu, il conviendra d'interroger les effets juridiques de ces transformations et notamment la manière dont l'acte d'attribution et les obligations qu'il fait naître, s'articulent. On se demandera alors si le droit des opérations publiques a vocation à constituer un droit général de la mise en concurrence dont les différents régimes juridiques qu'il recouvre constituent les régimes spéciaux ou s'il a vocation à terme, à en devenir le droit commun.▪

Mots clés : Droit des opérations publiques. - Droit général de la mise en concurrence. - Émergence.

Note 1 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 38 : JO 10 déc. 2016, texte n° 2 : « Ce code regroupe et organise les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession ».

Note 2 L'utilisation de la formule « droit de la mise en concurrence » sera utilisée ici pour caractériser de manière synthétique les différents régimes qui imposent une procédure de sélection entre les candidats potentiels présentant des garanties d'impartialité et de transparence, notamment de publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture. S'il est acquis qu'une procédure sélective ne signifie pas nécessairement mise en concurrence, ces hypothèses nous semblent suffisamment marginales pour procéder à cette assimilation. Elles nous semblent d'autant plus marginales que nous assimilons à une procédure de mise en concurrence même les procédures de sélection dont l'issue repose sur des paramètres des plus frustrés. Par exemple, nous considérons que la sélection par liste d'attente ou par tirage au sort par exemple constitue une forme de mise en concurrence même si les conditions de discriminations– la réactivité ou le hasard– n'emporte qu'une acception réduite de la valeur des candidats.

Note 3 Cons. CE, dir. 71/305/CEE, 26 juill. 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux : JOCE n° L 185, 16 août 1971, p. 5.

Note 4 Traité instituant la communauté économique européenne du 25 mars 1957.

Note 5 J.-L. Albert, L'institution d'un droit moderne de la commande publique au 19^e en France : Cahiers administratifs et politiques du Ponant, 2001, n° 6, p. 39. – C. Friedrich, Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960), thèse Toulouse, 2016.

Note 6 TFUE, art. 26 ; JOCE n° C 326, 26 oct. 2012, p. 1.

Note 7 D. n° 2001-210, 7 mars 2001, portant Code des marchés publics : JO 8 mars 2001, p. 37003.

Note 8 Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, relative aux marchés publics, art. 1^{er} : JO 24 juill. 2015, p. 12602.

Note 9 Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC : Rec. Cons. const., p. 382 ; AJDA 2003, p. 1404, note E. Fatôme ; AJDA 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl et p. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer.

Note 10 F. Martucci, L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne : Bruylant, 2015.

Note 11 CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria et Telefonadress : JurisData n° 2000-300034 ; Rec. CJCE 2000, p. I-10745 ; AJDA 2001, p. 106 et 110, note L. Richer ; RFDA 2011, p. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; Dr. adm. 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin.

Note 12 C. Vautrot-Schwarz, La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale : AJDA 2009, p. 568.

Note 13 CE, 3 déc. 2010, n° 338272, Ville Paris, Assoc. Paris Jean Bouin c/ Sté Paris Tennis : JurisData n° 2010-022712 ; Lebon, p. 472, concl. N. Escaut ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 25, note G. Eckert ; Dr. adm. 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; RDI 2011, p. 162, obs. S. Braconnier et S. Noguellou ; AJDA 2010, p. 2343 ; ibid. 2011, p. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser ; AJCT 2011, p. 37, obs. J.-D. Dreyfus ; RTD eur. 2011, p. 496, obs. J.-P. Kovar ; BJCL 2011, p. 47, concl. et p. 315, note Ph. Hoffmann ; JCP A 2010, 2197, note C. Chamard-Heim ; JCP G 2010, 1246, obs. J.-G. Sorbara ; RJEP 2010, comm. 20, note C. Maugüé.

Note 14 CE, sect., 26 mars 1999, n° 202260, Sté Hertz France, Sté EDA : JurisData n° 1999-050078 ; Lebon p. 96 ; AJDA 1999, p. 427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex ; D. 2000, p. 204, note J.-P. Markus ; RDI 1999, p. 234, obs. F. Llorens. – CE, 23 mai 2012, n° 348909, Régie autonome des transports parisiens (RATP) : JurisData n° 2012-010865 ; Lebon, p. 231 ; AJDA 2012, p. 1037 ; ibid. p. 1129, S. Braconnier ; ibid., p. 1146 et s., chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; RDI 2012, p. 566, obs. N. Foulquier ; RFDA 2012, p. 1181, note S. Nicinski.

Note 15 T. confl., 6 juin 1989, Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris, affaire dite Ville de Pamiers : Lebon, p. 293 ; RFDA 1989, p. 457, concl. Stirn ; AJDA 1989, p. 431, chron. Honorat et Baptiste, et p. 467, note M. Bazex ; Gaz. Pal. 22 déc. 1989, chron. M. C. Boutard-Labarde et L. Vogel ; RDP 1989, p. 1780, note Y. Gaudemet ; JCP G 1990, II, 21395, note Ph. Terneyre. – CE, 23 juill. 1993, n° 138504, Cie générale des eaux : Lebon, p. 226 ; RDI 1993, p. 504, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; Dr. adm. 1993, comm. 398 ; RFDA 1994, p. 252, note Ph. Terneyre.

Note 16 CE, 3 nov. 1997, n° 169907, Sté Million et Marais : Lebon, p. 406 ; AJDA 1997, p. 1012 ; ibid. p. 945, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud ; ibid. 1998, p. 247, note O. Guézou ; D. 1997, p. 259 ; RFDA 1997, p. 1228, concl. J.-H. Stahl ; RTD eur. 1999, p. 271, chron. J.-B. Blaise et L. Idot.

Note 17 Y. Gaudemet, La commande publique et le partenariat public-privé ; quelques mots de synthèse : RDI 2003, p. 534.

Note 18 La qualification de « droit des opérations publiques » a été retenue en ce qu'une opération recouvre « tout acte par lequel une unité économique manifeste sa participation à la vie économique » suivant la définition proposée par Bern-Colli, Encyclopédie Universelle, 1981. Elle permet de pointer la dimension non exclusivement contractuelle des actes que ce régime juridique cherche à décrire en rupture avec la notion de commande publique.

Note 19 C. pén., art. 432-14 : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

Note 20 Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques : JO 20 avr. 2017. – C. Roux, La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public, Commentaire de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques : Dr. adm. 2017, étude 10. – E. Fatôme, Les modalités de délivrance des autorisations d'occupation du domaine public. Une clarification bienvenue : La lettre de la DJA, n° 224, 26 janv. 2017. – R. Léonetti et M. Raunet, L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques : JCP N

2017, 1169. – G. Clamour, Une nouvelle donne pour l'occupation domaniale : Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 114. – J.-G. Sorbara, La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 : RFDA 2017, p. 705. – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Les occupations privatives du domaine public rattrapées par la concurrence : Contrats-Marchés publ. 2016, repère 11.

Note 21 CGPPP, art. L. 2122-1-1 issu de l'ordonnance n° 2017-552 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques : JO 20 avr. 2017.

Note 22 CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, Promoimpresa Srl et Mario Melis : CP-ACCP, n° 169/2016, p. 70, note P. Proot. – E. Fatôme, Les modalités de délivrance des autorisations d'occupation du domaine public. Une clarification bienvenue : La lettre de la DJA, n° 224, 26 janv. 2017 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 291 et repère 11, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; AJDA 2016, p. 2176, note R. Noguellou ; AJCT 2017, p. 109, obs. O. Didriche.

Note 23 PE et Cons. CE, dir. 2006/123, 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, L. 376/37 : JOUE 27 déc. 2006, p. 36.

Note 24 D. de Béchillon, Le contrat comme norme dans le droit public positif : RFDA 1992, p. 15. – C. Mamontoff, Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public, in Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, t. 1, p. 517.

Note 25 Concl. CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, Promoimpresa Srl et Mario Melis, préc. : « La qualification d'un acte de concession de services implique donc le constat que la prestation de services est soumise à des exigences spécifiques définies par l'autorité concernée, et que l'opérateur économique n'est pas libre de renoncer à cette prestation. Ces considérations sont corroborées par le considérant 14 de la directive 2014/23, dont il ressort que ne devraient pas avoir le statut de concession certains actes tels que les autorisations ou les licences, notamment lorsque l'opérateur économique conserve la liberté de renoncer à la fourniture de travaux ou de services. Contrairement à ces actes, les contrats de concession induisent des engagements mutuellement contraignants, en vertu desquels l'exécution des travaux ou des services est soumise à des exigences spécifiques définies par le pouvoir adjudicateur ». – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Les occupations privatives du domaine public rattrapées par la concurrence, préc.

Note 26 CJUE, 3 juin 2010, aff. C-203/08, Sporting Exchange Ltd : JurisData n° 2010-010483 : « l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur » ; Contrats-Marchés publ. 2010, repère 11, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux. – C. Vautrot-Schwarz, La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale : AJDA 2009, p. 568. – C. Vautrot-Schwarz, L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale : Contrats-Marchés publ. 2012, étude 8. – F. Brenet, La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications : Dr. adm. 2007, étude 14.

Note 27 Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 4 : JO 24 juill. 2015, p. 12602 ; « Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » et Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, art. 5 : JO 30 janv. 2016, texte n° 66 : « Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ».

Note 28 Cons. const., 6 déc. 2001, n° 2001-452 DC : JurisData n2001-178971 ; Rec. Cons. const., p. 156.

Note 29 Cons. const. 22 août 2002, n° 2002-460 DC : Rec. Cons. const., p. 198 ; AJDA 2002, p. 1059, note J.-Y. Cherot et J. Tremeau ; D. 2003, p. 1125, obs. D. Ribes. – Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la justice : Rec. Cons. const., p. 204. – Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC : Rec. Cons. const., p. 382 ; AJDA 2003, p. 1404, note E. Fatôme, p. 1391, note J.-E. Schoettle, p. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer.

Note 30 Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, préc.

Note 31 CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi e.a. c/ Comune di Milano : JurisData n° 2001-300012 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 154, obs. F. Llorens ; JCP G 2001, I, 368 p. 2250, obs S. Braconnier ; BJCP 2001, p. 475, concl. Ph. Léger et obs. Ph. Terneyre, « La réalisation d'un équipement public en remplacement du paiement d'une contribution financière en matière d'urbanisme constitue-t-elle un marché public de travaux au sens du droit communautaire ? ». – CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, Helmut Müller : JurisData n° 2010-003820 ; AJDA 2010, p. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; ibid. 2012, p. 682, étude E. Fatôme et L. Richer : RDI 2010, p. 383, obs. R. Noguellou ; RFDA 2011, p. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RTD eur. 2011, p. 433, obs. A. Lawrence Durviaux.

Note 32 G. Kalfleche, Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit de la commande publique, Thèse Paris II, 2004, p. 380.

Note 33 PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114.

Note 34 PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65.

Note 35 L. Richer, La concession dans la commande publique : BJCP 2014, p. 403. – P. Delvolvé, Les contrats de la « commande publique : RFDA 2016 p. 200. – Y. Gaudemet, Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire : RDP 2010, p. 317. – G. Kalfleche, Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit de la commande publique, op. cit. – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Commande et contrats publics : questions de mots et de fond : Contrats-Marchés publ. 2011, repère 2. – F. Brenet, Les nouvelles bases du droit des concessions : AJDA 2016, p. 992.

Note 36 C. Friedrich, De la prospective en passant par l'histoire : la commande publique nous dégage-t-elle un peu plus de la théorie des contrats administratifs : JDA 2017, dossier 05 : « La réforme de la commande publique, un an après : un bilan positif ? » (dir. Hoepffner, Sourzat & Friedrich), art. 212.

Note 37 F. Brenet, La délégation unilatérale de service public : AJDA 2013, p. 1425.

Note 38 C. Roux, La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public, Commentaire de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, op.cit. – J.-G. Sorbara, La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, op.cit. – G. Clamour, Le sort des contrats domaniaux : RFDA 2016, p. 270. – R. Noguellou, P. Terneyre, Ordonnances domaniales : encore un effort pour les cessions ! : AJDA, 2017, p. 1102.

Note 39 Pt 39 préambule de la directive 2006/123, préc.

Note 40 L. n° 2004-669, 9 juill. 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle : JO 10 juill. 2004, p. 12483.

Note 41 J.-C. Rotouille, L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement, L'exemple du système européen d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2017, t. 297.

Note 42 J.-V. Maublanc, Le marché des autorisations administratives à objet économique, thèse Pau, 2016.

Note 43 CE, 6 juill. 1990, n° 88224, Codiac . – CE, 26 mars 2008, n° 284412, Région de la Réunion : JurisData n° 2008-073312 . – CAA Marseille, 20 juill. 1999, Cne Toulon ; AJDA 2000, p. 266.

Note 44 PE et Cons. UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014, consid. 12 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 1 : sont exclu de son champ d'application « le simple financement d'une activité, en particulier au moyen de subventions, auquel est fréquemment liée l'obligation de rembourser les montants perçus lorsqu'ils ne sont pas utilisés aux fins prévues ».

Note 45 TFUE, art. 107.

Note 46 Comm. UE, règl. (UE) n° 1407/2013, 18 déc. 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis : JOUE n° L 352, 24 déc. 2013, p. 1.

Note 47 TFUE, art. 107 3. C).

Note 48 Dir. 2004/18, art. 8, préc, repris dans l'article 13 de la directive 2014/23/UE du 26 févr. 2014, préc.

Note 49 M. Waline, note sous CE, 23 nov. 1955, Dame Dupont : RDP 1956, p. 143. – Notes d'arrêts de M. Waline (vol. II.) : Dalloz, Paris, 2005, p. 39. – G. Clamour, Une nouvelle donne pour l'occupation domaniale : Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 114, précisant qu'avait été envisagé pour l'adoption de l'ordonnance du 19 avril 2017 qu'elle s'applique aux autorisations présentant un avantage économique « substantiel ».

Note 50 P. Delvolvé, Les contrats de la « commande publique » : RFDA 2016, p. 200. – G. Kalflèche, Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit de la commande publique, Thèse dact. Paris II, 2004.

Note 51 Cons. CE, dir. 71/305/CEE, 26 juill. 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux : JO n° L 185, 16 août 1971, p. 5.

Note 52 F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Contrats de concession : la nouvelle donne : Contrats-Marchés publ. 2016, repère 3.

Note 53 W. Zimmer, Juris Traité Eur. Dalloz, n° 8. – M. Ubaud-Bergeron, Le champ d'application organique des nouvelles dispositions : RFDA 2016, p. 218.

Note 54 CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, Helmut Müller, préc.

Note 55 Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, préc., art.101.

Note 56 F. Brenet, Les nouvelles bases du droit des concessions, préc.

Note 57 CJUE, 15 oct. 2009, aff. C-196/08, ACOSSET SpA : JurisData n° 2009-016359 ; AJDA 2010, p. 105, note J.-D. Dreyfus et M. Peltier ; AJDA 2009, p. 1922 ; AJDA 2009, p. 2276, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RDI 2010, p. 153, obs. R. Noguellou.

Note 58 L. n° 2015-991, 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, art. 62 : JO 8 août 2015, p. 13705.

Note 59 L. n° 2015-992, 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 118 : JO 18 août 2015, p. 14263. – D. n° 2016-530, 27 avr. 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions : JO 30 avr. 2016. – G. Le Chatelier et R. Granjon, Le nouveau régime des concessions hydroélectriques : AJ Collectivités Territoriales 2016, p. 623.

Note 60 Ord. n° 2014-948, 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique : JO 23 août 2014, p. 14009. –M. Lordonnois, L'ordonnance du 20 août 2014 sur les sociétés à participation publique : état des lieux après la loi Macron : RFDA 2016, p. 94. – S. Nicinski, L'ordonnance n° 2014-948, 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique : RFDA 2015, p. 93. – C. Vautrot-Schwarz, La gouvernance et les opérations sur le capital des sociétés à participation publique, Un espoir déçu : AJDA 2015, p. 2200.

Note 61 M. Lordonnois, L'ordonnance du 20 août 2014 sur les sociétés à participation publique : état des lieux après la loi Macron, préc.

Note 62 À propos de la cession des participations des aéroports de la Cotes d'Azur et de Lyon, Rapp. d'activité 2015-2016 de l'Agence des Participations de l'État, p. 92 et 93.

Note 63 préc.

Note 64 R. Noguellou, P. Terneyre, Ordonnances domaniales : encore un effort pour les cessions !, préc.

Note 65 Concl. M. Maciej Szpunar, sous CJUE, 1er oct. 2015, aff. C-340/14 et C-341/14, R.L. Trijber c/ College van burgemeester en wethouders van Amsterdam et J. Harmsen contre Burgemeester van Amsterdam : « à la différence de l'article 49 TFUE, les dispositions du chapitre III de la directive 2006/123 relatives à la liberté d'établissement s'appliquent indépendamment de l'existence d'un élément transfrontalier. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer, aux fins de l'application de l'article 12 de cette directive, si l'autorisation en cause présente un intérêt transfrontalier certain ».

Note 66 La formule est issue de l'arrêt de la CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, Promoimpresa Srl et Mario Melis, préc.

Note 67 Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, préc., art. 13 et Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, préc., art. 12.

Note 68 CE, ass., 30 déc. 2014, n° 355563, Sté Armor SCN : JurisData n° 2014-032080 ; AJDA 2015, p. 449, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe ; AJCT 2016, p. 139, étude J.-D. Dreyfus ; RFDA 2015, p. 57, concl. B. Dacosta ; RTD eur. 2015, p. 437, obs. E. Muller.

Note 69 CJCE, 23 avr. 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90 : Rec. CJCE 1991, p. I-1979.

Note 70 Comm. UE, déc. n° IV/36.888, 20 juill. 1999, Coupe du monde de football 1998 : JOCE n° L 5, 8 janv. 2000.

Note 71 CJCE, 17 févr. 1993, aff. C-159/91 et 160/91, Poucet et Pistre : Rec. CJCE 1993, p. I-000637 ; Dr. soc. 1993, p. 488, note P. Laigre, ibid., p. 494, obs. J.-J. Dupeyroux ; RDSS 1993, p. 310, obs. G. Vachet, ibid., p. 554, note P. Chenillet ; RTD com. 1993, p. 429, obs. C. Bolze, ibid, 1994, p. 645, étude G. Lhuillier ; RTD eur. 1995, p. 39, chron. J.-B. Blaise et L. Idot.

Note 72 CJCE, 19 janv. 1994, aff. C-364/92, Eurocontrol : Rec. CJCE 1994, p. I-43.

Note 73 J.-G. Sorbara, La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, préc.

Note 74 CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272, Ville de Paris, Assoc. Paris Jean Bouin c/ Société Paris Tennis, préc.

Note 75 Dans la mesure où n'est pas exclue cette hypothèse en considération du rapport de conformité qui caractérise l'utilisation privative du domaine public et sa destination, V. J.-G. Sorbara, La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, préc.

Note 76 D n° 2016-360, 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 133 : JO 27 mars 2016, texte n° 28.

Note 77 Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, préc., art. 62 et 63.

Note 78 D. n° 2006-608, 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage : JO 28 mai 2006, p. 7991.

Note 79 Prop. de loi tendant à créer des sociétés d'économie mixte contrat, n° 81 (2013-2014) de M. Jean-Léonce Dupont et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 16 octobre 2013, art. 5.

Note 80 L. n° 2014-744, 1er juill. 2014 relative aux sociétés d'économie mixte à opération unique : JO 2 juill. 2014.

Note 81 On peut songer à l'attribution du marché passé par la SNCF à Bombardier en 2006 à l'occasion duquel Alstom avait déposé un recours. Sur fond de polémique sur le terrain du patriotisme économique, le premier ministre s'était ouvertement prononcé se disant « convaincu qu'Alstom aurait une part du contrat – estimé selon les sources de 20 % à 40 % – remporté par

Bombardier, selon les règles classiques de sous-traitance dans le cas de gros contrats de ce type », La Tribune, Alstom conteste le contrat Transilien de Bombardier devant le tribunal administratif, 3 novembre 2006.

Note 82 R. Noguellou, La transmission des obligations en droit administratif : LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2004.

Note 83 CE, 18 sept. 2015, n° 387315, Sté Prest'air : JurisData n° 2015-020567.

Note 84 G. Eveillard, Le transfert des conventions d'occupation du domaine public : Dr. adm. 2016, comm. 3.

Note 85 On laissera en suspens la question des cessions de parts ou d'actions des sociétés à participation publique SEM en général et des SEMOP pour lesquelles l'ordonnance du 1er juillet 2014 est muette même si pour ces dernières nous rejoignons l'opinion suivant laquelle, seraient applicables les régimes des cessions de contrats de commande publique qui s'inscrivent en arrière-plan de la constitution de ces sociétés ; V. R. Noguellou, La « SEMOP » : analyse de la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : RDI 2014, p. 261.

Note 86 G. Eveillard, Le transfert des conventions d'occupation du domaine public, préc.

Note 87 Y. Gaudemet, La commande publique et le partenariat public-privé ; quelques mots de synthèse, préc.