

## **L'exception d' « occupation sous tutelle » ou comment appliquer une *lex sine ratione* ?**

**Laurent Richer**

Professeur émérite de droit public

Avocat associé

**Le CGPPP prévoit que des titres d'occupation du domaine public peuvent être accordés sans mise en concurrence préalable, tel est le cas des autorisations accordées à des occupants «sous tutelle du maître du domaine. À la différence des quasi-régies dans le cadre de la commande publique, il ne semble exister aucune justification à cette exception. En outre, cette exception ne peut être appliquée que dans les cas où le nombre de titres n'est pas limité et où l'activité n'est pas susceptible d'intéresser les opérateurs d'autres États membres.**

### **Autorisation d'occupation du domaine public – Intérêt général – Quasi-régie – Surveillance directe**

Pour tenir compte de la jurisprudence de la CJUE<sup>1</sup> l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 insère au CGPPP<sup>2</sup> des dispositions imposant une publicité préalable à l'attribution des titres d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique. Mais l'ordonnance introduit des exceptions à cette obligation. L'article L. 2122-1-3-2° du CGPPP prévoit que le titre d'occupation du domaine public peut être accordé « à l'amiable » sans procédure préalable dans un certain nombre de cas au nombre desquels figure celui que l'on pourrait dénommer « occupation sous tutelle », c'est-à-dire le cas où « le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente ou à une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit ». Cette exception à la mise en concurrence évoque évidemment l'exception de quasi-régie qui est prévue en matière de commande publique, même si les notions de « surveillance directe » et « contrôle étroit » ne sont pas identiques à celle de « contrôle analogue » exercé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice sur ses propres services.

Ces notions sont-elles vraiment différentes ? C'est la question qui se pose dans la pratique. Pour y répondre le réflexe du juriste est de se tourner vers la *ratio legis*<sup>3</sup> du texte sur la foi de l'adage *ubi eadem ratio, ibi idem jus*<sup>4</sup>. Mais l'interrogation sur la raison d'être de l'exception

---

<sup>1</sup> CJUE 14 juillet 2016 Promoimpresa Srl, aff. C-458/14 et C-67/15, *AJDA* 2016. 2176, note R.

Noguellou.

<sup>2</sup> CGPPP, art. L. 2122-1-1 à L. 2122-1-4.

<sup>3</sup> *Ratio legis* : « désigne la pensée qui anime le législateur pour poser telle ou telle norme » (H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec).

<sup>4</sup> « Là où la raison d'être de la loi est la même, là, la disposition de la loi est la même » (H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec).

d'occupation sous tutelle n'intéresse pas seulement l'interprétation du texte, sa validité est aussi en cause.

## Occupation sous tutelle et quasi-régie

Dans le cas de quasi-régie il est permis de passer un marché ou une concession sans publicité ni mise en concurrence avec une personne sur laquelle l'acheteur ou le concédant exerce un « contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services », dès lors que cette personne ne consacre pas plus de 20 % de son activité à des tiers et ne comporte pas de participation privée. Selon les ordonnances<sup>5</sup>, qui calquent les directives, lesquelles ont largement repris la jurisprudence de la Cour de Justice « un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée ».

Les termes employés ne permettent pas à eux seuls de déterminer le degré de proximité entre d'occupation sous tutelle et quasi-régie. En effet, le « contrôle analogue » de la quasi-régie peut correspondre à un « contrôle étroit » et la notion de « surveillance directe » n'en est guère éloignée si l'on en croit la définition de la surveillance donnée par le *Petit Robert* : « ensemble des actes par lesquels on exerce un contrôle suivi ».

Les seules différences certaines entre quasi-régie et occupation sous tutelle tiennent d'une part à ce que dans le cas de quasi-régie le contrôle peut également être exercé par l'intermédiaire d'une autre personne morale, alors que la surveillance sur une personne publique doit, selon le texte, être directe, d'autre part à ce qu'une personne privée peut être en situation d'occupation sous tutelle, alors qu'en principe la participation privée exclut la quasi-régie.

Il faut alors se tourner vers le contexte pour savoir s'il existe des raisons pour assimiler, rapprocher ou distinguer ces deux notions.

Aussi bien l'exception de quasi-régie que celle d'occupation sous tutelle trouvent leur origine dans la jurisprudence, à cette différence que si la Cour de Justice a rendu une douzaine d'arrêts relatifs au « in house » (quasi-régie) en matière de marchés publics et concessions<sup>6</sup>, elle n'a rendu qu'un arrêt utilisant les notions de « surveillance directe » et de « contrôle étroit », l'arrêt *Betfair*<sup>7</sup>. L'article L. 2122-1-3-2° du CGPPP est très directement inspiré du considérant 59 de cet arrêt, selon lequel « les restrictions à la liberté fondamentale consacrée à l'article 49 CE découlant spécifiquement des procédures d'octroi et de renouvellement d'un agrément au profit d'un opérateur unique, telles que celles en cause au principal, seraient susceptibles d'être considérées comme justifiées si l'État membre concerné décidait d'octroyer ou de renouveler l'agrément à un opérateur public dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'État ou à un opérateur privé sur les activités duquel les pouvoirs publics sont en mesure d'exercer un contrôle étroit ». L'arrêt *Promoimpresa* fait référence à l'arrêt *Betfair*, ce qui explique que les auteurs de l'ordonnance de 2017 en aient repris les termes, mais en les détachant du contexte qui était le leur dans l'arrêt, ce qui fait problème.

---

<sup>5</sup> Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 17 et ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 16.

<sup>6</sup> voir E. Mouriesse, *La quasi-régie en droit public français*, Mare et Martin, 2017.

<sup>7</sup> CJUE 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, agissant sous le nom de « Betfair », aff. C-203/08.

## **De *Betfair* à *Promoimpressa***

Le célèbre arrêt *Betfair* n'est pas relatif à un titre d'occupation domanial, mais à une autorisation pour l'exploitation des jeux de hasard. La Cour a donné une grande extension au principe de transparence sur la base de l'article 49 du TFUE qui consacre la liberté d'établissement; elle a confirmé que ce principe s'applique aux concessions de service, comme l'a jugé l'arrêt *Telaustria*<sup>8</sup>, mais elle a ajouté que «le fait que la délivrance d'un agrément unique n'équivaut pas à un contrat de concession de services ne saurait, à lui seul, justifier que les exigences qui découlent de l'article 49 CE, notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, soient méconnues lors de l'octroi d'une autorisation administrative telle que celle en cause au principal » (pt 41). Et, comme dans *Telaustria*, elle juge que « le respect du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle doit nécessairement impliquer que les critères objectifs permettant d'encadrer le pouvoir d'appréciation des autorités compétentes des États membres soient soumis à une publicité adéquate » (pt 51).

Mais, après avoir posé un principe d'alignement du régime de l'autorisation d'exploitation de jeux sur celui de la concession de services, l'arrêt admet une exception dont il est important de souligner qu'elle n'a pas une portée générale, qu'elle est spécifique aux autorisations d'exploitation de jeux.

L'exception consiste en ce que la liberté fondamentale consacrée à l'article 49 CE peut être restreinte par instauration d'un agrément au profit d'un opérateur unique lorsque l'agrément est accordé « à un opérateur public dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'État ou à un opérateur privé sur les activités duquel les pouvoirs publics sont en mesure d'exercer un contrôle étroit ». Pour admettre la licéité d'une telle restriction l'arrêt *Betfair* se réfère à la jurisprudence antérieure intervenue en matière de jeux et paris<sup>9</sup>.

Ces arrêts antérieurs considèrent qu'il est possible de porter atteinte à la libre prestation des services en instaurant des droits exclusifs « si cette atteinte peut être admise au titre des mesures dérogatoires expressément prévues par le traité ou justifiée, conformément à la jurisprudence de la Cour, par des raisons impérieuses d'intérêt général ».

L'arrêt *Läärä* admet la validité de la législation finlandaise qui réserve l'exploitation de machines à sous à une « association de droit public dont les activités sont exercées sous le contrôle de l'État et qui doit, [...] verser à celui-ci le montant du produit net distribuable résultant de l'exploitation des machines à sous ». De la sorte est limité le caractère lucratif de l'activité et l'incitation à la développer, ce qui se rattache « à la protection des destinataires du service et, plus généralement, des consommateurs ainsi qu'à la protection de l'ordre social, objectifs dont il a déjà été jugé qu'ils étaient au nombre de ceux qui peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général » (pt 33 de l'arrêt).

L'arrêt *Liga Portuguesa* concerne la législation portugaise selon laquelle l'exploitation des jeux de hasard (loteries, loto, paris sportifs) est systématiquement confiée à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, « personne morale d'utilité publique administrative ». La Cour admet que « l'octroi de droits exclusifs pour l'exploitation des jeux de hasard par l'Internet à un opérateur unique, tel que Santa Casa, qui est soumis à un contrôle étroit des pouvoirs publics peut, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, permettre de canaliser

---

<sup>8</sup> CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745.

<sup>9</sup> CJCE 21 septembre 1999, *Läärä*, aff. C-124/97, *Rec.* p. I-6067, points 40 et 41 ; CJCE 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, aff. C-42/07, points 66 et 67.

l'exploitation de ces jeux dans un circuit contrôlé et être considéré comme apte à protéger les consommateurs contre des fraudes commises par des opérateurs » (pt 66).

Ces précédents font apparaître que la restriction aux libertés fondamentales qui est admise par l'arrêt *Betfair* repose sur des motifs de protection des consommateurs et d'ordre social. Le contrôle exercé par l'État sur l'exploitant des jeux permet d'empêcher les fraudes et de veiller à ce que l'exploitant n'incite pas une consommation excessive. C'est donc, en fin de compte, l'existence d'un risque pour les consommateurs et l'ordre social qui constitue une raison impérieuse d'intérêt général.

Dans le cas où il s'agit d'une autorisation d'occupation du domaine public ces motifs sont dénués de toute pertinence ; il n'existe aucune raison de présumer que l'activité de l'occupant présente un risque de ce type, ce qui fait que la législation française en reprenant la formule du considérant 59 de l'arrêt *Betfair* l'a détournée.

La question se pose de savoir si cette « manipulation » correspond à une substitution de motifs.

### **Liberté de gestion et occupation du domaine public**

Existe-t-il en matière d'occupation du domaine public des motifs pour exclure l'occupation par un opérateur sous tutelle par analogie avec l'exception de quasi-régie ou pour des raisons propres aux activités économiques sur le domaine public ?

Examinons d'abord si la raison d'être de l'exception de quasi-régie est extensible à l'occupation domaniale.

On a d'abord expliqué cette exception de quasi-régie par l'absence de véritable contrat. Mais, dans la majorité des cas l'opérateur sous contrôle est doté de la personnalité morale et capable de contracter, ce qui affaiblit considérablement cette explication.

Une partie de la doctrine avance qu'il s'agirait d'un contrat spécial, ni marché, ni concession<sup>10</sup>, mais cela n'est pas compatible avec la rédaction des directives, qui mentionnent l'exclusion de concessions et marchés.

La véritable explication est ailleurs ; elle a été donnée depuis longtemps par la Cour et les avocats généraux, de manière répétée : « il est admis qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services »<sup>11</sup> et elle a été reprise par les directives et, en particulier, par la directive 2014/23/UE, dont l'article 2 reconnaît le « principe de libre administration par les pouvoirs publics ». Il faut comprendre que l'assimilation entre le contrat avec un opérateur sous contrôle (considéré comme *in house* par analogie, alors qu'il a généralement la personnalité morale) et la prestation véritablement *in house* fonctionne sur le mode préventif : il s'agit d'éviter qu'une trop grande portée soit donnée au raisonnement analogique aux fins d'étendre l'obligation de mise en concurrence. En effet, ne pas retenir cette solution pourrait avoir par analogie un effet en retour sur l'auto-prestation véritable : si le choix du quasi *in house* n'était pas libre, pourquoi celui du véritable *in house* le serait-il ? Il aurait, de la sorte, pu être soutenu que les pouvoirs adjudicateurs, s'ils doivent mettre en concurrence un opérateur économique qu'ils contrôlent, ne peuvent pas non plus s'engager par eux-mêmes dans une activité économique sans avoir mis leurs propres services en concurrence avec le

---

<sup>10</sup> En ce sens Mouriesse, *th. cit.*, p. 278.

<sup>11</sup> CJCE 10 septembre 2009, Sea Srl, aff.C-573/07.

secteur privé. Or, il existe une forte opposition en Europe à cette solution qui a été en partie adoptée aux Etats-Unis<sup>12</sup>.

De la sorte, il apparaît que le fondement de la théorie du *in house* est d'ordre politique.

Un raisonnement similaire peut-il être tenu en matière d'occupation du domaine public ? Pour que ce soit possible il faudrait qu'il existe un risque que la mise en concurrence des personnes contrôlées ou surveillées par les collectivités publiques ait un effet boomerang consistant en ce que les collectivités publiques devraient n'utiliser elles-mêmes leur domaine public qu'après avoir vérifié qu'elles ne peuvent pas mieux le mettre en valeur en en permettant l'utilisation par des tiers. À ce jour, pareille restriction aux prérogatives des propriétaires publics n'est proposée par personne. Tout au plus est-il envisageable qu'une dépendance du domaine public doive être mise à disposition de tiers dans le cadre de la théorie des infrastructures essentielles, mais cette restriction très particulière au libre exercice du droit de propriété est très différente de celle qui résulterait d'une obligation de tester le marché avant d'auto-utiliser la dépendance domaniale. Il n'apparaît donc pas qu'il existe un quelconque risque de remise en cause de la liberté d'utilisation de leur domaine par les collectivités publiques et que la préservation de cette liberté puisse justifier d'exclure de l'obligation de mise en concurrence l'attribution des titres d'occupation aux personnes placées dans la dépendance du maître du domaine.

Il faut donc trouver une explication spécifique à l'occupation domaniale. Elle pourrait tout simplement tenir à ce que la bonne utilisation du domaine serait mieux garantie si le maître du domaine exerce un contrôle ou une surveillance sur l'occupant, ce pourquoi il doit lui être permis de choisir librement un tel occupant. Cette explication en forme de tautologie n'est, cependant, guère convaincante car la bonne utilisation du domaine peut être garantie par les pouvoirs et conditions prévus dans l'autorisation d'occupation.

Il semble, en fin de compte, qu'il n'existe pas de justification à l'exception, qui a été introduite par mimétisme à la fois avec la commande publique et l'arrêt *Betfair*. L'absence de justification est perturbante pour qui veut interpréter le texte en fonction de sa raison d'être, mais elle soulève aussi un problème plus grave.

### **Absence de raison impérieuse d'intérêt général**

L'arrêt *Promoimpresa* considère que les autorisations domaniales en cause entrent dans le champ d'application de l'article 12 de la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dont le paragraphe 1<sup>er</sup> dispose que « lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent 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 ». Puis, l'arrêt ajoute que dans le cas où l'autorisation ne relève pas de l'article 12 elle peut, si elle présente un intérêt transfrontalier, être soumise au principe de transparence qui découle de l'article 49 du TFUE, conformément à l'arrêt *Betfair*.

L'article 12 de la directive impose une publicité avec définition de critères objectifs si le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité. En revanche, dans le cas où ne s'applique que le principe de transparence, il est seulement imposé de garantir « un

---

<sup>12</sup> Cf. circulaire A-76 de l'Office of Management and Budget.

degré de publicité adéquat permettant une ouverture des concessions de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution »<sup>13</sup>.

L'article L. 2122-1-3-2° du CGPPP reprend la distinction entre les cas qui relèvent du champ d'application de la directive et ceux qui n'en relèvent pas. Dans un cas comme dans l'autre le CGPPP prévoit que « l'autorité compétente organise librement une procédure », mais dans le champ de l'article 12 de la directive il s'agit d'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 », alors que lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, « 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 ». Il en va de même lorsque l'autorisation est de courte durée, sans doute parce qu'elle est présumée ne pas présenter d'intérêt transfrontalier.

La distinction entre les deux procédures n'est plus faite au stade des exceptions ; celles-ci sont valables aussi bien quand le nombre d'autorisations disponibles est limité que quand il ne l'est pas. De la sorte l'exception issue de l'arrêt *Betfair* est appliquée dans le cas où l'obligation de mise en concurrence est imposée par la directive services aussi bien que dans celui où elle résulte du traité. Cette extension de l'exception admise par le considérant 59 de l'arrêt *Betfair* est critiquable.

En effet, l'arrêt *Promoiexpressa* relève qu'« il doit être considéré que les articles 9 à 13 de cette même directive [la directive services] procèdent à une harmonisation exhaustive concernant les services relevant de leur champ d'application » (pt 61). Or, dans le cas d'harmonisation exhaustive les mesures nationales doivent être appréciées au regard non pas des dispositions du droit primaire, mais de celles de cette mesure d'harmonisation, ce dont il résulte que les États membres ne peuvent se soustraire à la règle harmonisée en invoquant une justification au titre du droit primaire. Il n'est donc pas possible en principe d'apporter une exception à l'article 12 de la directive en invoquant l'exception à l'article 49 du traité qui a été admise par l'arrêt *Betfair* pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

Cependant, l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2006/123 prévoit, expressément, que les États membres peuvent tenir compte de considérations liées à des raisons impérieuses d'intérêt général lors de l'établissement des règles régissant la procédure de sélection, ce qui peut, à la rigueur, être interprété comme permettant d'apporter des exceptions.

Mais il faut alors être à même d'établir l'existence de raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier les restrictions à l'obligation de mise en concurrence au regard de la directive aussi bien que du traité. L'article 4, paragraphe 8, de la directive 2006/123 définit ainsi les raisons impérieuses d'intérêt général : « des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle ». La jurisprudence offre un nombre considérable d'exemples de RIIG<sup>14</sup> ; mais il n'en est aucun auquel on pourrait rattacher

---

<sup>13</sup> Arrêt *Betfair*, pt 41.

<sup>14</sup> Voir la liste in D. Berlin, « Droit d'établissement », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 710, n° 136.

l'exception d'occupation sous tutelle, et pour cause puisque là où, comme on l'a vu, il n'existe aucune raison il n'existe pas non plus de raison d'intérêt général !

Il s'avère donc périlleux de faire application de l'exception d'occupation sous tutelle dans deux cas : quand la délivrance du titre entre dans le champ de la directive 2013/123, c'est-à-dire quand le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée est limité, et dans le cas où l'occupation présente un intérêt transfrontalier. L'exception ne peut donc être utilisée sans risque juridique que dans les cas où le nombre de titres n'est pas limité et où l'activité n'est pas susceptible d'intéresser les opérateurs d'autres États membres.