

21BX02210 Sté Kostaldea

Depuis le 1^{er} mai 2010, la société Kostaldea occupe, à Guéthary (64), le bâtiment communal du même nom, situé sur la promenade de la plage, dans lequel elle exploite un bar-restaurant. Le 13 octobre 2017, la commune a publié un avis d'appel public à candidature en vue d'accorder une autorisation d'occuper ce même bâtiment pour la période courant du 1^{er} mai 2018 au 31 décembre 2023.

Par courrier du 17 janvier 2018, le maire a informé la société Kostaldea du rejet de sa candidature.

Celle-ci a alors adressé à la commune, le 1^{er} juin 2018, une demande indemnitaire, restée sans réponse.

La société Kostaldea a saisi le tribunal administratif de Pau, lequel a, par jugement n°1801867 du 18 mars 2021, rejeté sa demande indemnitaire.

C'est de ce jugement dont elle vous saisit.

La commune de Guéthary vous saisit également de conclusions par la voie de l'appel incident. Mais, ainsi que vous en avez averti les parties en leur communiquant un moyen d'ordre public, le dispositif du jugement attaqué faisant droit aux conclusions de la commune en première instance, celle-ci n'est pas recevable à faire appel pour critiquer les motifs de ce jugement.

Au fond, le recours de la société Kostaldea s'inscrit dans le champ de la jurisprudence Société Rebillon Schmit Prevot (CE, 11/05/2011, n°347002, en A) : le concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif peut engager un recours de pleine juridiction distinct d'un recours « Tropic » (CE, Ass., 16/07/2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545, en A), tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé.

Pour démontrer l'illégalité de la conclusion du contrat avec le nouvel occupant, la société Kostaldea soutient principalement que les candidats n'ont pas bénéficié d'une information préalable suffisante.

Elle fait valoir que, en réponse à sa demande concernant les motifs du rejet de son offre, elle a appris qu'il y avait eu une pondération des critères alors que cette pondération n'était pas annoncée dans l'appel à candidatures, qui ne mentionnait que les critères.

Longtemps le Conseil d'Etat a estimé qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'impose à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance. La circonstance que l'occupant de la dépendance domaniale serait un opérateur sur un marché concurrentiel est sans incidence. Dans le silence des textes, l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes. Toutefois, en l'absence de tout texte l'imposant et de toute décision de cette autorité de soumettre sa décision à une procédure préalable, l'absence d'une telle procédure n'entache pas d'irrégularité une autorisation ou une convention d'occupation d'une dépendance du domaine public (CE, Section, 03/12/2010, n°338272 338527, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, en A).

Mais la jurisprudence Promoimpresa de la Cour de justice de l'Union européenne (C-458/14 14/07/2016) a conduit à un changement de l'état du droit interne sur ce point.

Ainsi, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques (prise sur le fondement de l'article 34 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique) a introduit dans le code général de la propriété des personnes publiques l'article L. 2122-1-1, aux termes duquel : « *Sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement 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. / Lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que 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* ».

Quel degré d'information des candidats ces dispositions imposent-elles aux gestionnaires du domaine public ?

Le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé sur cette question.

(NB : l'affaire des cours de tennis du jardin du Luxembourg, ayant donné lieu à 2 décisions du Conseil d'Etat (n°434582 en 2020 et n°455033 en 2022), concerne des contrats antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2017 ; mais le Conseil a décidé de leur appliquer les principes issus de la directive Services.)

Dans leur commentaire de l'ordonnance de 2017 (AJDA 2017, p 1606, « *Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPPP !* »), la présidente Christine Maugué et le professeur A... B... ont expliqué qu'il « *ne s'agit en aucun cas de soumettre les autorités domaniales aux mêmes procédures que celles applicables aux acheteurs publics. Les termes choisis dans la rédaction de l'ordonnance écartent ainsi toute référence à des notions caractéristiques du droit de la commande publique : avis d'appel à la concurrence, candidature, offres, critères de sélection, hiérarchisation, pondération, etc. Il n'est, par ailleurs, pas prévu l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat pour définir une procédure ad hoc s'imposant aux autorités domaniales. / Celles-ci sont donc « libres » de leurs mouvements dès lors que, préalablement à la délivrance du titre d'occupation, une publicité adéquate a été organisée pour permettre aux candidats potentiels de se manifester et que l'examen des « candidatures » présente toutes garanties d'impartialité et de transparence (i.e. des critères de choix annoncés à l'avance **mais pas nécessairement pondérés ou hiérarchisés**) ...* »

Cela rejoint la jurisprudence passée rendue par le Conseil d'Etat à propos des délégations de service public (NB : désormais une délégation de service public est une concession : voir l'article L. 1121-3 code commande publique) : voyez la décision du Conseil du 23 décembre 2009, n°328827, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, en A (obligation d'information sur les critères, mais pas sur leurs modalités de mises en œuvre).

Dans ses conclusions sur une affaire Sté Lyonnaise des eaux, également relative aux délégations de service public, (CE, 30/07/2014, n°369044), Gilles Pellissier explique qu'il faut entendre par « *modalités de mise en œuvre des critères de sélection* » « *leur hiérarchisation ou pondération* ».

Voyez également, aux conclusions d'Olivier Henrard, la décision du Conseil d'Etat du 20 juin 2018, n°410730, Communauté d'agglomération Riviera française, qui sanctionne précisément en matière de délégation de service public, le cas dans lequel il était annoncé que les critères seraient pondérés sans que l'information sur cette pondération ne soit donnée.

A la fois la teneur des textes applicables et les particularités du domaine public nous conduisent à vous proposer de transposer cette jurisprudence aux conventions d'occupation du domaine public.

Ainsi nous vous proposons de juger que si la commune de Guéthary avait bien l'obligation d'informer les candidats des critères de sélection des offres, ce qui n'est pas contesté en l'espèce, elle n'était pas tenue de les informer de leur pondération.

Donc en l'espèce, les candidats ont bénéficié d'une information préalable suffisante, et le principe de transparence invoqué par la requérante n'a donc pas été méconnu.

En second lieu, la requérante soutient également que la commune a finalement pris en compte un critère qui n'était pas prévu dans le règlement de consultation, à savoir la volonté de changement d'exploitation.

Elle fonde ce moyen sur une phrase figurant dans un courrier adressé par le maire à la requérante : « le changement d'exploitant permettrait d'insuffler une nouvelle dynamique à cet établissement emblématique de notre littoral ».

Mais en réalité cela se rattache au critère de la « pertinence de l'offre, qualité et tarifs des prestations, originalité des objectifs proposés par le candidat pour développer l'établissement ».

Pour une hypothèse comparable, voir par exemple l'arrêt de la cour de Nantes 20PA00588 du 17 mars 2022 (point 11).

Ce moyen n'est donc pas non plus fondé.

Aussi par ces motifs nous concluons au rejet de la requête de la société Kostaldea ainsi que des conclusions incidentes de la commune.