


AJDA

AJDA 2025 p.1135

## Grandeurs et servitudes du principe de transparence appliqué aux conventions d'occupation du domaine public


Note sous CAA Marseille, 28 février 2025, n° 23MA01629 , GCV Services (Sté)

François Lichère, Professeur agrégé de droit public à l'université Jean Moulin Lyon 3, directeur de la Chaire de droit des contrats publics, consultant

---

### L'essentiel

Cet arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille opère une application stricte du principe de transparence dans la procédure de sélection des conventions d'occupation du domaine public. Si la commune est logiquement condamnée à verser des dommages et intérêts à la société évincée, cette décision nous paraît illustrer les inconvénients de ne pas préciser, par des règles déterminées, la manière de mettre en oeuvre le principe de transparence.

Les arrêts relatifs à la procédure de passation des conventions d'occupation du domaine public sont suffisamment rares pour que cela justifie un commentaire, qui plus est lorsqu'ils font une application extensive du principe de transparence (pour un autre arrêt récent sanctionnant la méconnaissance du principe d'égalité, CAA Marseille, 24 janv. 2025, n° 23MA02041 , Société Ecoloc Cassis, Rev. CMP 2025, n° 114, comm. C. Chamard-Heim).

En 2019, une commune avait lancé un appel à candidature pour la conclusion, pour trois ans, de conventions d'occupation de cabines dans les halles du marché municipal, afin d'y exercer une activité de vente, distribution et présentation de produits alimentaires. La candidature présentée par une société ayant été rejetée, cette dernière relève appel du jugement par lequel le tribunal administratif de Nice avait rejeté sa demande tendant, d'une part, à l'annulation de la convention conclue le 13 novembre 2019 entre la commune et une autre société et, d'autre part, à l'indemnisation des préjudices qu'elle estimait avoir subis du fait de son éviction, présentée dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne*. Dans l'arrêt commenté, la cour administrative d'appel (CAA) annule le jugement, faute d'avoir visé le mémoire par lequel le requérant entendait répondre à la note produite par la commune relative à la méthode de notation.

Evoquant l'affaire, la cour juge au contraire du tribunal que le requérant est fondé à invoquer une violation du principe de transparence et à demander une indemnisation du manque à gagner, appuyé il est vrai par d'autres manquements.

## I - Une application extensive du principe de transparence

On sait que l'ordonnance du 19 avril 2017, codifiée au code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), a imposé une procédure de publicité et de mise en concurrence pour les occupations privatives du domaine public dans une formulation assez vague. L'article L. 2122-1-1 du CGPPP qui en résulte dispose, en effet, que « 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 ». La CAA fait une application double du principe de transparence, que l'on peut qualifier de rigoriste pour la première et de rigoureuse pour la seconde.

### A. Une application rigoriste à propos de la composition de l'entité chargée d'examiner les candidatures

Cette partie de l'arrêt paraît assez énigmatique. En premier lieu, la CAA commence par énoncer qu'« il résulte de

ces dispositions que la procédure de sélection du titulaire d'un titre permettant l'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique doit respecter le principe de transparence, permettant de garantir le libre et égal accès à cette procédure comme son impartialité ». Cette prémisse interroge : la cour fait découler l'impartialité de la transparence, alors que le texte précité distingue les deux et qu'ils ne sont pas nécessairement liés. Certes, l'apparence d'impartialité peut impliquer une certaine transparence, sans se limiter à cela d'ailleurs puisque, à l'inverse, l'impartialité suppose une certaine retenue dans les commentaires d'un membre d'une commission de délégation de service public à propos d'un candidat (CE 24 juill. 2024, n° 491268, *Commune de Sevrans*, Lebon T. [📄](#) ; AJDA 2024. 1574 [📄](#) et 2314 [📄](#), note F. Lichère [📄](#) ; AJCT 2024. 682, obs. G. Le Chatelier [📄](#)). Mais lorsqu'on parle d'impartialité en elle-même, il y a là un principe bien distinct de la transparence, au point d'ailleurs que le Conseil d'Etat l'applique en matière de passation des marchés publics et des concessions en tant que principe général du droit et non comme conséquence du principe de transparence ou des règles de passation qui le mettent en oeuvre (CE 24 juill. 2024, *Commune de Sevrans*, préc.).




Ce qui vient après n'est finalement que la suite malheureusement logique de cette confusion. Le principe de transparence « implique ainsi que les modalités d'examen des candidatures soient transparentes, notamment en ce qui concerne la composition de l'entité qui est chargée de cet examen ». Pour le rapporteur public, Olivier Guillaumont, que nous remercions vivement pour l'envoi de ses conclusions et qui cite largement un fascicule de notre collègue Christophe Roux (J.-Cl. CMP, fasc. 514), cela va toutefois au-delà : « Rappelons, à ce stade, que l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques découle de la jurisprudence *Promoimpresa* [CJUE 14 juill. 2016, aff. C-458/14 [📄](#), AJDA 2016. 2176 [📄](#), note R. Noguellou [📄](#) ; AJCT 2017. 109, obs. O. Didriche [📄](#) et 2022. 569, étude F. Matha et D. Blondel [📄](#) ; RTD com. 2017. 51, obs. F. Lombard [📄](#) ; RTD eur. 2017. 843, obs. A. Zians [📄](#) ; Rev. UE 2017. 231, chron. L. Lévi et S. Rodrigues [📄](#)] et de l'article 12 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 selon laquelle "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 Etats 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" ».

Si l'on peut admettre que le principe de transparence implique la communication d'un certain nombre d'informations utiles à la mise en concurrence des candidats, qui a donc trait au « déroulement de la procédure » (notamment aux critères de sélection et aux délais), on ne voit pas bien ce que l'information de la composition de l'entité chargée de l'examen pourrait leur apporter, pas plus que la connaissance de la méthode de notation des offres en marché public qui n'a pas à être communiquée aux candidats (CE 31 mars 2010, n° 334279 [📄](#), *Collectivité territoriale de Corse*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2010. 706 [📄](#) ; RTD eur. 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse [📄](#)).

On pourrait certes arguer que la transparence de l'entité *ad hoc* créée permettrait de vérifier si les personnes qui ont procédé au choix des candidats ne sont pas en situation de conflit d'intérêts. Toutefois, les textes n'imposent nullement la mise en place d'une telle commission, l'article L. 2122-1-1 du CGPPP se bornant à prévoir que « l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence » de sorte qu'une éventuelle commission *ad hoc* ne saurait, selon nous, se substituer à « l'autorité compétente » pour ce choix, qui ne peut être que soit l'autorité gestionnaire du domaine, soit l'assemblée délibérante (v. *infra*). Aussi, le principe d'impartialité ne peut jouer qu'à l'égard des personnes qui représentent ces instances. Et à supposer que la procédure mise en place conduise à confier le choix à une telle commission *ad hoc*, ce qui n'est pas évident compte tenu du principe d'indisponibilité des compétences, il n'est en tout état de cause pas sûr que le principe de transparence impose la communication de la composition des membres de cette commission qui peut avoir des effets pervers, l'absence d'anonymisation pouvant conduire à des pressions exercées sur ses membres. Dans ce dernier cas du reste, la transparence de la composition de ces instances collégiales résulte de textes législatifs.

## B. Une application rigoureuse aux critères de sélection des candidats

Cela étant, le point suivant de l'arrêt déroule le principe de transparence et certains des faits évoqués pouvaient légitimement fonder l'illégalité de la procédure. L'avis d'appel à candidature ne donnait aucune indication, autre que les critères d'attribution, quant aux modalités d'examen des candidatures, ce qui est effectivement insatisfaisant. Si l'on veut bien comparer avec une procédure très proche, celle de la procédure adaptée dans la passation des marchés publics, il est vrai que la jurisprudence se montre souple sur la distinction entre critères de sélection des candidats et critères de sélection des offres, contrairement aux procédures formalisées. Le

pouvoir adjudicateur peut « retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire » (CE 2 août 2011, n° 348254, *Parc naturel régional des Grands Causses*, Lebon T.  ; AJDA 2011. 1599  ; RDI 2011. 559, obs. S. Braconnier ). Mais il paraît tout à fait normal de considérer que les critères de sélection des candidats doivent être annoncés en amont.

Par ailleurs, « si la commune de Beusoleil a fourni dans l'instance, tardivement, une feuille de notation de la candidature de la société GCV Services ainsi qu'un tableau de notation de l'ensemble des candidats, ces éléments ne sont ni datés, ni signés, de sorte que les conditions de leur établissement comme la qualité et l'identité de leur auteur, au sujet desquelles la collectivité ne donne aucune indication, demeurent inconnus. La seule signature du rejet de la candidature de la société GCV Services par l'adjointe au maire déléguée au patrimoine, et de la convention d'occupation du domaine public par le maire lui-même, dont il résulte que ces derniers se sont approprié l'analyse ainsi effectuée, ne permet pas de satisfaire à l'exigence de transparence issue des dispositions mentionnées ci-dessus ». Cette dernière phrase ne laisse pas toutefois d'interroger. Est-ce véritablement un problème de transparence ou plutôt d'incompétence ? Le rapporteur public penchait pour une compétence de l'assemblée délibérante, à tout le moins pour fixer la procédure, ce qui nous paraît souhaitable. Au demeurant, rien n'interdit d'ailleurs que la procédure prévoie que l'assemblée délibérante se prononce sur le choix final des occupants. Mais ce n'est pas exactement sur ce terrain que l'illégalité est identifiée ici.





## II - Une condamnation logique à des dommages et intérêts du fait d'un ensemble d'illégalités

Deux autres illégalités, distinctes du principe de transparence, conduisent la cour à ne pas annuler le contrat mais à octroyer des dommages et intérêts.

### A. Les autres illégalités commises par la commune

Outre la violation du principe de transparence, le deuxième moyen qui s'avère fondé a trait à l'irrecevabilité de la candidature de l'entreprise retenue, faute pour elle d'avoir produit un certain nombre de pièces que la CAA a estimé utiles de demander : un extrait Kbis, l'attestation d'assurance responsabilité civile pour l'exploitation du commerce, la pièce d'identité de son représentant, son extrait de casier judiciaire et l'inscription de la société à la taxe professionnelle. Il paraît difficile de contester que ces pièces n'étaient pas utiles à l'appréciation de la recevabilité des candidats.

La troisième illégalité concerne l'erreur manifeste d'appréciation à avoir retenu l'offre du même candidat, laquelle repose sur des considérations liées aux candidats. Le fait que ces considérations ne relèvent pas strictement de l'appréciation de l'offre ne saurait être considéré comme illégal, si l'on transpose ce qui a été jugé pour les marchés à procédure adaptée et cité plus haut. L'erreur manifeste consiste à avoir apprécié les capacités du candidat sur la seule foi d'un article de presse publi-promotionnel le concernant, d'une part, et d'une médaille d'or obtenue au concours général agricole par l'un de ses fournisseurs, d'autre part, alors que son gérant avait en outre annoncé son intention de prendre sa retraite avant le terme de la convention. De même, l'offre a obtenu une note de 7 sur 10 au titre de son projet d'activité, alors qu'elle n'a fourni aucune précision à cet égard, tandis que le concurrent évincé a obtenu une note de 2 sur 10 au titre des projections financières au seul motif qu'il n'avait pas produit de *business plan*, alors qu'il fournissait son bilan et indiquait vouloir continuer son activité selon le même modèle. La cour conclut qu'« eu égard aux qualités concurrentielles respectives des deux offres, les notations globales, de 6,3 pour la société GCV, et de 9,2 pour la société La Charolaise, sont entachées d'une erreur manifeste d'appréciation ».

Il est rare que le juge administratif identifie des erreurs manifestes portant sur l'appréciation des offres (toutefois, dans le cas d'un recours indemnitaire, CE 8 févr. 2010, n° 314075 , *Commune de La Rochelle*, Lebon  ; AJDA 2010. 240  ; RTD eur. 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ), mais il est vrai que les faits de l'espèce pouvaient y conduire.

En revanche, quatre autres moyens invoqués par le requérant sont rejetés, faute de rapport pour deux d'entre eux avec son éviction (acceptation d'autres commerçants dans les halles, y compris les concurrents ; conditions dans lesquelles les décisions d'attribution prises à l'issue de la procédure et les conventions conclues ont été publiées ou celles dans lesquelles la société GCV Services a été informée du rejet de sa candidature),

manquant en fait (absence de détournement de procédure) ou sans incidence sur la légalité de la procédure (la boucherie n'excluant pas la charcuterie même si cela n'était pas mentionné dans les conditions de concurrence).

## B. Les conséquences des illégalités

Le juge était tenu, comme en référé précontractuel, d'examiner l'ensemble des moyens invoqués puisque les conséquences qu'il doit tirer dépendent de la gravité des illégalités. On sait, en effet, que seules les illégalités les plus graves peuvent conduire à l'annulation du contrat en recours *Tarn-et-Garonne*, y compris s'il n'est plus en vigueur, compte tenu du caractère rétroactif de l'annulation (CE 15 mars 2019, n° 413584, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2019. 606 [📄](#) et 1459 [📄](#), note L. Sourzat [📄](#) ; AJCT 2019. 294, obs. P. Villeneuve [📄](#) ; CE 10 juill. 2020, n° 420045, *Société Lacroix signalisation*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2020. 1446 [📄](#) ; AJCT 2021. 36, obs. J.-D. Dreyfus [📄](#) ; AJ contrat 2020. 482 [📄](#), obs. R. Amaro [📄](#)). En revanche, la résiliation est impossible si le contrat est arrivé à échéance ou a été résilié - la résiliation « anticipée » étant d'ailleurs une redondance, malgré l'utilisation de l'expression en pratique, y compris sous la plume du Conseil d'Etat (CE 3 mars 2017, n° 392446, *Société Leasecom*, Lebon T. [📄](#) ; AJDA 2017. 494 [📄](#) et 1678 [📄](#), note F. Lombard [📄](#) ; AJCT 2017. 336, obs. S. Hul [📄](#) ; RTD com. 2017. 297, obs. F. Lombard [📄](#)).

Le fait que le contrat soit entièrement achevé (car résilié) n'empêchait pas de demander l'annulation compte tenu du caractère rétroactif de celle-ci. La cour conclut néanmoins à l'absence de vices pouvant conduire à l'annulation de la convention, en recours *Tarn-et-Garonne*, jugeant implicitement qu'il n'y avait pas eu « une volonté de la personne publique de favoriser un candidat » pour reprendre l'expression de l'arrêt *SAGEM* (CE 15 mars 2019, n° 413584, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2019. 606 [📄](#) et 1459 [📄](#), note L. Sourzat [📄](#) ; AJCT 2019. 294, obs. P. Villeneuve [📄](#)). On peut toutefois se demander si, au vu des irrégularités mentionnées plus haut, il n'était pas possible de déceler une telle intention.

Une fois l'annulation écartée et la résiliation ayant déjà été prononcée par la personne publique, seule la demande indemnitaire pour manque à gagner pouvait prospérer, ce qui est le cas puisqu'il n'y avait que deux concurrents et que celui choisi aurait dû être écarté. Il restait la question de l'évaluation du préjudice. En l'occurrence, la CAA estime classiquement que « le manque à gagner de l'entreprise est évalué par la soustraction du total du chiffre d'affaires non réalisé de l'ensemble des charges variables et de la quote-part des coûts fixes affectée à l'exécution du marché ». La cour détaille ensuite son raisonnement à l'espèce, excluant du calcul les sommes que l'entreprise aurait perçues de son activité et qui, servant à couvrir l'emprunt qu'elle a souscrit afin de racheter la clientèle d'un boucher qui travaillait dans lesdites halles, correspondaient à des frais fixes. Il en est de même des rémunérations salariales qu'elle aurait versées à ses gérants. En revanche, la société GCV Services est fondée à solliciter son indemnisation à hauteur du résultat avant impôt dont elle a été privée. Elle justifie que ce résultat s'élevait à 4 675 € au titre de l'exercice 2018, avant que la commune n'entreprenne les travaux dans les halles. En conséquence, « eu égard à sa volonté de poursuivre son activité telle qu'elle était, à l'amélioration du marché et à la circonstance qu'elle se serait retrouvée seule à exercer ce commerce, il lui sera, à cet égard alloué la somme de 6 000 € par année, soit 18 000 €, qu'elle sollicite à ce titre ».

En dépit de l'existence de certaines illégalités, cet arrêt nous paraît illustrer les inconvénients de ne pas préciser, par des règles déterminées, la manière de mettre en oeuvre le principe de transparence. Cela nous semble laisser trop d'incertitudes pour les personnes publiques et trop de marges d'appréciation pour les juges éventuellement saisis pour satisfaire pleinement la sécurité juridique.

### Mots clés :

**CONTRAT** \* Contrat domanial \* Convention d'occupation du domaine public \* Procédure de sélection \* Transparence

**DOMAINE** \* Domaine public \* Occupation du domaine public \* Convention d'occupation du domaine public