

Point juridique

LA MISE EN CONCURRENCE DES AUTORISATIONS D'OCCUPATION DOMANIALE

À COMPTER DU 1^{ER} JUILLET 2017, LES TITRES D'OCCUPATION OU D'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC EN VUE D'UNE EXPLOITATION ÉCONOMIQUE SERONT, SAUF EXCEPTIONS, SOUMIS À UNE PROCÉDURE DE SÉLECTION PRÉALABLE DES CANDIDATS POTENTIELS.

RETOUR SUR LES TENANTS ET LES ABOUTISSANTS DE LA RÉFORME ET SUR LA PORTÉE DES OBLIGATIONS NOUVELLEMENT MISES À LA CHARGE DU GESTIONNAIRE DU DOMAINE.



LA PRISE DE POSITION DU JUGE EUROPÉEN

C'est une décision du 14 juillet 2016 de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui a précipité le mouvement. Saisie d'un litige portant sur les modalités de renouvellement d'une concession portant sur le domaine public maritime et lacustre, la Cour a jugé que le mécanisme du renouvellement automatique du droit d'occupation au profit du titulaire de l'autorisation d'occupation n'est pas conforme au droit de l'Union Européenne, dès lors qu'il n'est pas possible de délivrer des autorisations d'occupation du domaine public sans mise en concurrence. A cet égard, la mise en concurrence pourra reposer, selon la nature du contrat, sur trois fondements exclusifs les uns des autres. Premièrement, et la solution n'est pas nouvelle⁽⁴⁾, lorsqu'un contrat implique, outre la mise à disposition du domaine, une obligation à la charge de l'occupant relevant des contrats de la commande publique (marché public ou concession), le régime propre à ces contrats a vocation à s'appliquer⁽⁵⁾.

L'ABSENCE D'OBLIGATION DE MISE EN CONCURRENCE LONGTEMPS CONTROVERSÉE

La mise en concurrence des autorisations d'occupation a longtemps fait l'objet de controverses doctrinales et désaccords jurisprudentiels. Mettant (provisoirement) un terme au débat, le Conseil d'Etat a jugé en 2010 qu'« aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent 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 » (CE, sect., 3 déc. 2010, Ville de Paris). Mais cette solution pouvait être interprétée comme un appel à l'intervention du législateur⁽¹⁾, soutenu en ce sens par la doctrine⁽²⁾, et par les recommandations de l'autorité de la concurrence⁽³⁾.

(1) Voir en ce sens les conclusions de Nathalie Escaut sous la décision du Conseil d'Etat ; voir également le Rapport public du Conseil d'Etat, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE 2002, p. 380 ; Etude annuelle 2015, *L'action économique des personnes publiques*, EDCE 2016, p. 59 ; Discours introductif de JM Sauvé à l'occasion du colloque sur : « la valorisation économique des propriétés des personnes publiques ».

(2) Emmanuel Glaser, *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, AJDA 2011, p. 18 ; Yvon Goutal, Eve-Line Bernardi, *Valorisation du domaine public et mise en concurrence*, AJCT 2013. 84.

(3) Cons. Concurrence Avis n° 04-A-19 du 21 oct. 2004.

(4) CE 25 févr. 1994, SA *Sofap-Marignan Immobilier*, req. n° 144641 ; Rép. min. n° 97086, JOAN Q 24 oct. 2006.

(5) Voir en ce sens. article 85 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et l'article 50 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, respectivement relatives aux marchés de partenariat et aux concessions, prévoient que lorsqu'un tel contrat « emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée ».

Deuxièmement, et c'est là l'innovation principale, lorsque le contrat se borne à autoriser l'exercice d'une activité économique sur le domaine public à l'exclusion de toute prestation qui relèverait du champ de la commande publique, son attribution est subordonnée à la mise en œuvre d'une procédure de sélection dès lors que le nombre d'autorisations disponibles pour cette activité est limité en raison de la rareté des ressources. La Cour fait ainsi application aux autorisations d'occupation du domaine public des dispositions de l'article 12 de la directive 2006/123 en date du 12 décembre 2006 relatives aux services dans le marché intérieur. Troisièmement, faisant écho à la décision *Telaustria*⁽⁶⁾, la Cour de justice prévoit un régime subsidiaire réservé aux autorisations d'occupation qui ne relèvent d'aucun des deux fondements précédents, et pour la passation desquelles les États demeurent soumis au respect d'une obligation de transparence tirée de l'article 49 du TFUE, relatif à la liberté d'établissement. Concrètement, il n'existe donc plus de doute en droit européen : le principe est bien celui de la mise en concurrence des occupations domaniales.

LA CONSÉCRATION EN DROIT FRANÇAIS DU PRINCIPE DE MISE EN CONCURRENCE

Dans ce contexte, l'article 34 de la loi dite « Sapin 2 »⁽⁷⁾ a habilité le gouvernement à prendre toute mesure relevant du domaine de la loi tendant à moderniser et simplifier « *les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable applicables à certaines autorisations d'occupation* ». C'est ainsi que le gouvernement a édicté l'ordonnance du 19 avril 2017 codifiée dans le CGPPP, dont l'article L. 2122-1-1, al. 1 dispose que « *l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité*



© Tobago77-Fotolia

et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester ».

UN CHAMP D'APPLICATION LIMITÉ AUX ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES

La mise en concurrence ne s'impose que si la délivrance du titre est susceptible d'avoir une influence sur la situation du bénéficiaire sur un marché concurrentiel⁽⁸⁾. Tel n'est pas le cas des autorisations d'occupation nécessaires à l'exercice par la personne publique de ses missions régaliennes qu'il aurait bien évidemment été insensé de mettre en concurrence. En revanche, cette obligation s'applique à tous les titres d'occupation sans distinguer entre les autorisations unilatérales ou contractuelles, ainsi qu'à toute « autorité compétente », que le gestionnaire soit donc public ou privé.

LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE MISE EN CONCURRENCE

La publicité et la mise en concurrence ne sont pas généralisées à toutes les autorisations d'occupation du domaine public. D'abord, les alinéas 1 et 2 de l'article L. 2122-1-2 du CG3P traitent des

hypothèses dans lesquelles l'autorisation d'occupation est délivrée dans le cadre d'une autre procédure ayant elle-même donné lieu à publicité et mise en concurrence. Il serait en effet superfétatoire d'organiser une seconde procédure de sélection propre à la délivrance du titre domaniale. Les alinéas 3 et 4 de cet article visent également des hypothèses d'urgence ou de prorogation d'une autorisation existante mais dans ces deux cas de figure, la durée du titre est limitée. Ensuite, l'article L. 2122-1-3 du CG3P vise cinq hypothèses pour lesquelles l'organisation de la procédure de mise en concurrence s'avère impossible ou non justifiée : Premièrement, « *Lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause* », ce qui pourra notamment concerner les terrasses de restaurants ou de cafés et plus largement les commerçants qui ont un étalage devant leur boutique. Deuxièmement, « *lorsque 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 ressemble à celle de

(6) CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, affaire C-324/98.

(7) Loi n°2016-1691, 9 déc. 2016, *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*.

(8) Sébastien Denaja, Rapport de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi n°3623, 26 mai 2016 Nos 3785 et 3786.

l'exception de « quasi-régie » (ou « in house ») qui, en commande publique, permet de confier de gré à gré un contrat à une personne morale lorsque d'une part, le pouvoir adjudicateur exerce sur cette personne un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et, d'autre part, que la personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur⁽⁹⁾. Or, la jurisprudence a toujours refusé de reconnaître la qualification de quasi-régie lorsqu'une entreprise privée participe même dans des proportions même minimales au capital de l'entité contrôlée, ce qui exclut les sociétés d'économie mixte du bénéfice de cette dérogation. Or, en se bornant à exiger que la personne bénéficiaire de l'autorisation soit soumise à une « surveillance directe », et non un « contrôle analogue » à celui que le gestionnaire exerce sur ses services, le CGPPP pourrait s'avérer plus souple que la réglementation de la commande publique. Ainsi, pourrait être conclu de gré à gré une autorisation d'occupation accordée à une société d'économie mixte à laquelle le gestionnaire du domaine public participe dans des proportions suffisantes, tant au capital qu'au conseil d'administration, pour considérer qu'elle est sous « surveillance directe » du gestionnaire (sans pour autant que celui-ci exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses services). Troisièmement, « lorsqu'une première procédure de sélection s'est révélée infructueuse ou qu'une publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent est demeurée sans réponse ». Quatrièmement, « Lorsque les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de

son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée ». Cette exception, dont les contours sont peu lisibles, risque de se révéler d'un maniement délicat pour les gestionnaires du domaine. Pourraient par exemple en relever les autorisations d'occupation consenties à titre gratuit en vertu de l'article L. 2125-1 du CGCT ou lorsque les caractéristiques de la dépendance (milieu rural dévitalisé par exemple) peuvent rendre inutile une telle procédure. Cinquièmement, « Lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient ». Cette première mention est surprenante car ces activités sont traditionnellement considérées comme des activités régaliennes qui, par conséquent, n'ont pas une nature économique⁽¹⁰⁾, et devraient donc être d'emblée hors champ d'application de l'obligation de mise en concurrence. Concernant les motifs de sécurité, le rapport du président de la République donne l'exemple des « infrastructures critiques » mais, là encore, l'on perçoit mal quel domaine peut légitimer une occupation sans mise en concurrence à ce titre. Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre de ces facultés de déroger à la mise en concurrence nécessite le respect d'un certain formalisme puisque l'autorité compétente doit rendre publiques les considérations de droit et de fait l'ayant conduite à ne pas mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L. 2122-1-1.

LA PROCÉDURE « ALLÉGÉE »

Dans deux cas de figure, seules des formalités de publicité s'imposeront. D'une part, l'Ordonnance met en place un régime subsidiaire réservé aux seules hypothèses où « l'occupation où l'utilisation autorisée est de courte durée ou le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique



© csfotomages-Fotolia

projetée n'est pas limitée ». Le rapport au président relève que ces hypothèses visent « les occupations de courte durée délivrées quotidiennement par les personnes publiques : manifestations artistiques et culturelles, manifestations d'intérêt local, privatisations temporaires de locaux ». En ce sens, ces dispositions évitent de paralyser l'action administrative pour la délivrance de titres qui en principe ne peuvent avoir pour effet de restreindre la libre concurrence⁽¹¹⁾. Il n'en demeure pas moins que l'autorité compétente doit procéder à une publicité préalable à la délivrance de ces titres « de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution » (CGPPP, art. L. 2122-1-1 al. 2). En imposant ce régime dit « simplifié », il s'agit de respecter l'exigence de transparence imposée par la jurisprudence européenne. D'autre part, un second régime dérogatoire est posé par l'article L. 2122-1-4 du CG3P : « Lorsque la délivrance

(9) Article 17 de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et Article 16 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

(10) CJCE, 29 oct. 1998, Commission c/ Espagne, aff. C-114/97, Rec. I. 6717, points 37 et 38 ; fonctions de police et autres forces et corps de sécurité investis de pouvoirs de contrainte ; CJCE, 30 sept. 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, aff. C-405/01, Rec. I. 10391, point 42 : activités en matière d'état civil.

(11) Reste que concernant le cas des autorisations de « courte durée » - expression au demeurant malléable- le postulat selon lequel elles sont insusceptibles de donner lieu à la manifestation d'intérêt concurrent nous paraît contestable.

du titre mentionné à l'article L. 2122-1 intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente ». Dans ce cas de figure, la délivrance du titre est susceptible de porter atteinte au marché, et le contrat pourra être conclu de gré à gré à la condition que la publicité préalable n'ait pas donné lieu à d'autres manifestations d'intérêts. A l'inverse, si des opérateurs concurrents se sont manifestés, il faut alors appliquer la procédure de sélection de droit commun.

LA MISE EN CONCURRENCE DE DROIT COMMUN

Le CGPPP reste très évasif sur les formalités de passation, en imposant des « obligations de publicité et de sélection » qu'il appartient à l'autorité gestionnaire d'organiser « librement ». Concernant le degré de publicité, on pourrait utilement se référer à la procédure applicable pour les marchés publics à procédure adaptée, en considérant que la publicité pourrait s'effectuer via un avis publié dans un journal habilité ou une publicité diffusée par voie électronique. Tout sera donc question de mesure, les modalités de publicité devant dépendre de la nature et des caractéristiques de l'affectation du domaine public concerné et du degré de concurrence entre les opérateurs susceptibles d'être intéressés par l'autorisation. Concernant le contenu de l'avis, il devra logiquement préciser la localisation et les caractéristiques essentielles du bien dont il s'agit, l'identification et les coordonnées du gestionnaire. Par ailleurs, si l'on se réfère aux exigences jurisprudentielles en matière de MAPA, l'information des candidats devra encore porter sur les critères d'attribution et la mise en œuvre de ces critères. Concernant la procédure, le CGPPP reste muet, ce qui devrait laisser une grande marge d'appréciation au gestionnaire. Pour les critères de choix,



© Chevallier Yves-Fotolia

outre le niveau de redevance, le gestionnaire pourrait se référer à l'aptitude à assurer l'accueil du public pendant la durée d'ouverture autorisée ainsi que la préservation du domaine⁽¹²⁾, ou encore la valorisation du domaine eu égard à la nature et aux modalités d'exploitation de l'activité envisagée. Du reste, classiquement, la procédure de sélection, faisant appel à la négociation, pourrait s'articuler autour d'un règlement de la consultation définissant les règles de la mise en concurrence (notamment les critères de choix) et d'un cahier des charges exposant les attentes et contraintes du gestionnaire, si possible via un projet de contrat d'occupation et des annexes techniques.

LA DURÉE DES OCCUPATIONS

La durée des autorisations doit être compatible avec une remise en concurrence régulière des titres

comme le précise l'alinéa 2 à l'article 2122-2 du CG3P. Cette durée doit toutefois permettre d'assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis.

CONCLUSION

Si le principe d'une mise en concurrence des occupations du domaine public est désormais acté, il reste quelques zones d'ombre que la jurisprudence devra éclaircir. En particulier, certaines exceptions à l'obligation de mise en concurrence, du fait de leur rédaction ambiguë, vont inmanquablement créer une incertitude quant à leur portée. ■

Pierre Le Bouedec
Edith Tiar
Avocats au Barreau de Paris
Cabinet Symchowicz Weissberg
et Associés

QUELQUES EXEMPLES :

SONT SOUMIS A MISE EN CONCURRENCE :

- L'installation de panneaux photovoltaïques sur un bâtiment
- L'occupation d'un bâtiment pour une activité de restauration
- L'installation d'éoliennes sur un terrain
- L'occupation d'une base nautique (pour y exercer une activité économique)

NE SONT PAS SOUMIS A MISE EN CONCURRENCE :

- L'occupation du trottoir par un commerçant devant son commerce
- L'implantation de stands (pour une courte durée dès lors que d'autres stands peuvent également s'implanter)
- La privatisation de courte durée de locaux pour une manifestation culturelle

(12) Par analogie avec la procédure applicable à certaines conventions spécifiques comme les concessions de plage (Décret n°2006-608 du 26 mai 2006).