

Quelles modalités de sélection et de publicité dans le cadre de l'occupation du domaine public ?

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 178 - Juillet 2017

Plus d'informations

<p xmlns:qc="http://4dconcept.com/QuadroContent">En vertu de l'ordonnance du 19 avril 2017, la délivrance de certaines autorisations d'occupation du domaine public doit être soumise à une procédure de sélection préalable. Dans le cadre de cette réforme majeure, les auteurs du texte laissent une grande liberté aux autorités compétentes quant à la détermination des modalités pratiques de mise en œuvre de cette obligation. </p>

Une importante révolution vient de secouer le droit de la domanialité publique et plus généralement celui des contrats publics.

Le Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) distinguait en effet traditionnellement les AOT constitutives de droit réel de celles qui ne le sont pas.

Avec l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, il faudra désormais distinguer également, parmi les AOT, celles conclues « en vue d'une exploitation économique », lesquelles seront en principe soumises à des règles de passation particulières.

On sait que, faisant prévaloir la prérogative de puissance publique, le Conseil d'État avait maintenu jusqu'à ce jour contrevents et marées, l'ensemble des AOT à l'abri de toute procédure obligatoire de publicité et de mise en concurrence(1) , sauf bien sûr lorsque l'AOT était l'accessoire d'un contrat de la commande publique.

Cette position a volé en éclat et n'a pu résister à la poussée du credo communautaire de la concurrence.

Par deux arrêts du 14 juillet 2016, la CJUE a ainsi clairement posé le principe d'une procédure de sélection des candidats pour l'attribution d'autorisations d'exploiter certains domaines ou ressources publiques à des fins économiques(2) . De telles autorisations qui n'impliquent pas l'acquisition de travaux ou de services par la personne publique, ne sont pas des concessions au sens de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014.

En revanche, ces autorisations sont susceptibles de relever du champ d'application de la Directive Services 2006/123 du 12 décembre 2006, dont l'article 12 prévoit : « 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 ».

Dans ses décisions du 14 juillet 2016, la Cour européenne juge cette disposition applicable aux autorisations relatives à l'exploitation économique du domaine public.

Le législateur national ne pouvait ignorer cette contrainte et la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite Sapin II a invité le gouvernement à légiférer par ordonnance.

Prise le 19 avril 2017, l'ordonnance relative à la propriété des personnes publiques introduit donc un nouvel article L. 2122-1-1 au sein du CG3P prévoyant 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 ». Cette réforme constitue une véritable révolution du droit de la domanialité publique en soumettant la délivrance de certaines autorisations d'occupation du domaine public à une procédure de sélection préalable. Elle laisse cependant une grande liberté aux autorités compétentes quant à la détermination des modalités pratiques de mise en œuvre de cette obligation.

Une vraie révolution : la soumission de la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public à une procédure de sélection préalable

L'ordonnance du 19 avril 2017 est une réforme d'une portée considérable pour les gestionnaires du domaine public tant son champ d'application est important. Elle prévoit cependant un large champ d'exceptions.

une réforme d'une portée considérable

Le domaine public a toujours été confronté à deux exigences distinctes, qui, sans être contradictoires, sont

néanmoins difficiles à concilier :

- sa protection;
- et sa valorisation.

Cette valorisation est, au fil du temps, imposée de plus en plus comme une nécessité pour les gestionnaires domaniaux.

Dans certaines circonstances, elle consiste à confier à un tiers l'exécution d'une mission d'intérêt général ou d'un service public en lui donnant un statut de nature à lui assurer des conditions d'exploitation économique satisfaisantes. Cette attraction d'investisseurs privés sur le domaine public, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public(3) ou de marchés de partenariat(4) , permet de favoriser le financement d'ouvrages publics nécessaires à de nombreux services publics.

Ce souci de valorisation du domaine public conduit parfois plus simplement à permettre à une personne privée des'y implanter pour exploiter une activité de nature purement privée (par exemples, pour des activités de cafés ou de restauration(5) , de vente de souvenirs(6) , de location de véhicules(7) ,...)(8) .Nombre d'autorisations d'occupation du domaine public n'ont ainsi pas d'autre objet que de permettre à leur titulaire d'exercer sur celui-ci des activités lucratives, dont le gestionnaire du domaine retire lui-même une part des profits à travers la redevance d'occupation domaniale perçue et calculée en fonction des « avantages procurés » à l'occupant(9) .

Réserve faite du cas des autorisations d'occupation du domaine qui étaient indissociables de contrats relevant du champ de la commande publique, toutes celles qui ne visaient qu'à permettre l'exploitation d'une activité privée, même lucrative, échappaient jusque-là à toute obligation de procédure de sélection préalable en vue de leur délivrance(10) .

Une fois de plus, les textes communautaires et la jurisprudence de la CJUE ont renversé les principes énoncés par le Conseil d'État. Désormais, avec l'ordonnance du 19 avril 2017, la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public permettant à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique doit, par principe, être soumise à une « procédure de sélection préalable ».

Cette réforme a d'abord une portée pratique considérable pour les gestionnaires du domaine public tant elle concernera la délivrance d'un grand nombre de titres d'occupation, à compter de son entrée en vigueur prévue le 1er juillet 2017. L'obligation de « procédure de sélection préalable » sera d'autant plus fréquente que la réforme ne prévoit aucun seuil d'application(11) et s'accompagne d'un nouveau principe de mise en concurrence régulière et périodique de la délivrance des titres d'occupation.

La notion d'exploitation économique

À l'instar des règles prévues en matière de passation de marchés ou de concessions, il est en effet désormais prévu que, lorsque le titre permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, sa durée devra être « fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis, sans pouvoir excéder les limites prévues, le cas échéant, par la loi »(12) . En l'absence d'investissements supportés par l'occupant, la durée des titres d'occupation pourrait donc être très brève et limitée au maximum à quatre à cinq ans(13) .

Cette réforme constitue ensuite une nouvelle source de complexité pour les gestionnaires du domaine public s'agissant de la définition du périmètre des autorisations soumises ou non à la procédure de sélection préalable. Le droit des contrats publics ne cesse de se complexifier et l'on constate aujourd'hui une multiplication de différents types de conventions relevant toutes de régimes juridiques spécifiques. Il fallait déjà, par le passé, distinguer notamment les marchés des contrats de délégation de service public. S'agissant des conventions d'occupation domaniales, il convenait d'opérer le tri entre celles susceptibles d'être qualifiées de conventions de délégation de service public de celles qui ne l'étaient pas, voir même de celles constitutives de concessions de services.

Il importe donc désormais de compter avec une nouvelle distinction : les titres d'occupation du domaine public délivrés « en vue d'exploitation économique » de ceux qui ne le sont pas.

Or, l'ordonnance du 19 avril 2017 n'a pas défini la notion « d'exploitation économique ». L'on voit bien que celle-ci sera susceptible d'englober des cas aussi divers que l'exploitation sur le domaine public de complexes sportifs ou culturels, de lieux de restauration ou de ventes de produits souvenirs. Cependant, dans certaines situations des interrogations naîtront. S'agissant par exemple de clubs de tennis réservés à l'usage de leurs seuls membres et gérés dans un cadre associatif, la tentation existera de considérer que la délivrance du titre ne se fera pas en vue « d'une exploitation économique ». Le bien-fondé d'une telle position pourra toutefois être remis en cause dans le cas d'occupation de certains complexes sportifs situés dans des lieux rares et exceptionnels offrant divers services plus ou moins onéreux à leurs membres. La frontière entre occupation d'une dépendance du domaine public en vue ou non « d'une exploitation

économique » sera donc parfois difficile à tracer et la situation délicate, car les règles applicables à la délivrance des titres ne sont pas semblables :

- pour l'octroi d'un titre d'occupation n'ayant pas pour objet une exploitation économique, la liberté demeurera la règle;

- pour la délivrance d'un titre « en vue d'une exploitation économique », celle-ci impliquera la mise en œuvre d'une procédure de sélection préalable; - dans le cas où la délivrance du titre d'occupation du domaine public constituera l'accessoire d'un contrat relevant du champ de la commande publique, la conclusion du contrat sera alors soumise à ces dernières règles(14) .

La cession des titres d'occupation

La portée de la réforme est enfin d'autant plus étendue qu'elle ne concerne pas seulement la fixation de règles applicables à la délivrance du titre. Comme en matière de droit de la commande publique, elle encadre aussi les conditions des éventuelles cessions des titres d'occupation. Le premier alinéa de l'article L. 2122-7 du CG3P est ainsi complété pour prévoir l'interdiction de transfert de droits réels lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance du titre s'y oppose. De même, les droits résultant des baux emphytéotiques conclus en vue de la valorisation du patrimoine immobilier de l'État et des chambres de commerces et d'industrie ne pourront plus faire l'objet d'une cession lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance du titre s'y oppose(15) .

Ce principe d'interdiction pose la question de sa compatibilité avec les dispositions de la loi n° 2014-626 du 14 juin 2014 relatives aux éventuels transferts de fonds de commerce sur le domaine public(16) : la reconnaissance par la loi de la possibilité d'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public s'accompagne en principe de la possibilité pour son bénéficiaire de le céder à un tiers. C'est là même, l'un de ses principaux intérêts. Le principe d'interdiction posé par l'article L. 2122-7 du CG3P l'emporte-t-il par exemple sur la possibilité offerte aux ayants droits de l'occupant de présenter un successeur en cas de décès du titulaire du titre ? Ne pourrait-on pas considérer dans ce cas que l'on se situe dans l'une des exceptions prévues par la réforme, en particulier celle visée à l'article L. 2122-1-3 4° du CG3P(17) .

Cette interdiction interroge également sur son articulation avec les principes dégagés par la CJCE dans sa décision *Presstext* du 19 juin 2008(18) : la cession du titre à un tiers sera-t-elle par exemple permise si, dès sa délivrance, l'identité du cessionnaire avait été précisée ? Une réponse positive paraît permise, même si elle est incertaine à ce jour à la lecture des seules dispositions du CG3P(19) .

Une réforme qui prévoit tout de même un large champ d'exceptions

Comme il est fréquemment le cas en matière juridique, le principe affirmé d'une obligation de procédure de sélection préalable souffre en réalité de nombreuses exceptions. La liste de celles-ci est assez large.

Première série d'exceptions

Une première série d'exceptions résulte du contenu du nouvel article L. 2122-1-2 du CG3P(20) , lequel vise notamment des hypothèses dans lesquelles l'autorité compétente serait conduite à mettre en œuvre deux fois une procédure de sélection préalable, ce qui n'aurait pas de sens.

Aucune procédure de sélection préalable n'est ainsi requise « lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L. 2122-1 s'insère dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes caractéristiques que la procédure déterminée par le premier alinéa de l'article L. 2122-1-1 ».

Il en va de même « lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance est inscrite dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection ». Le droit de la commande publique prime donc sur celui relatif à la délivrance des titres d'autorisation d'occupation du domaine public, ce qui paraît logique.

L'hypothèse de situations d'urgence est également envisagée. Dans ce cas, la durée du titre ne pourra cependant pas excéder un an. Aucune précision n'est donnée sur les conditions d'appréciation de cette urgence. Cette exception devra être maniée avec prudence et réservée, dans la mesure du possible, à des situations dans lesquelles l'autorité compétente est étrangère à sa survenance.

Est aussi prévue une exception, lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante, sans que sa durée totale ne puisse alors excéder celle prévue à l'article L. 2122-2 précité du CG3P, que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente : là aussi, cette exception ne devrait donc pouvoir être mise en œuvre que, dans des cas très stricts, pour une augmentation de la durée du titre forcément limitée.

Seconde série d'exceptions

La seconde série d'exceptions résulte de la mise en œuvre des dispositions du nouvel article L. 2122-1-3 du

CG3P(21) , lequel vise des situations hétéroclites dans lesquelles l'organisation de la procédure de sélection préalable serait impossible ou non justifiée.

La délivrance du titre pourra notamment intervenir librement « lorsqu'une seule personne est endroit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ». Il s'agira là sans doute, par exemple, de motifs tirés de l'existence de droit d'exclusivité au profit de l'occupant. Une autre des exceptions se rapporte à l'hypothèse de la « quasi régie », 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 ».

Est aussi prévue une dispense de procédure de sélection préalable, « 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 ». Le champ d'application de cette exception laisse véritablement perplexes. La doctrine administratives'accorde à considérer la situation du cafetier, lequel devrait pouvoir être le seul à pouvoir bénéficier d'une autorisation pour occuper l'espace public situé devant son établissement. L'on peut également imaginer la situation d'une parcelle qui serait contiguë à une autre et enclavée, l'autorisation n'étant alors susceptible d'être délivrée qu'au seul titulaire de l'autorisation voisine pour lui permettre d'étendre le périmètre de son exploitation(22) .

Le champ d'application des diverses exceptions posera sûrement question. À propos, par exemple, d'un club de Football évoluant dans le championnat français qui aurait la nécessité de disposer d'une autorisation pour occuper un stade, la délivrance du titre devra assurément être regardée comme étant faite en vue d'une exploitation économique. L'on ne voit pas toutefois comment la ville gestionnaire du stade pourra ne pas lui accorder d'autorisation d'occupation domaniale. Quel sera alors le fondement de l'absence de toute procédure de sélection préalable ? Faudra-t-il simplement considérer qu'une seule personne, le club de football, sera endroit d'occuper les lieux ? Faudra-t-il faire état des caractéristiques particulières de la dépendance, notamment fonctionnelles et les spécificités de l'activité économique projetée, à savoir l'exploitation d'un club de football professionnel et la nécessité de disposer dudit stade pour exercer cette activité ? L'une ou l'autre de ces exceptions pourraient parfaitement être envisagées.

Seule la pratique et les probables décisions du juge administratif apporteront sans doute des indications sur les potentialités et limites de ces exceptions.

Une réforme qui laisse une grande liberté aux autorités compétentes pour organiser la procédure de sélection préalable

La réforme intervenue le 19 avril 2017 laisse une grande liberté aux autorités compétentes pour organiser la procédure de sélection préalable. Il appartiendra cependant au juge administratif d'en contrôler la régularité.

Une grande liberté laissée aux autorités compétentes dans l'organisation de la procédure de sélection préalable

La réforme issue de l'ordonnance du 19 avril 2017 prévoit deux types de situations procédurales relatives à la délivrance de l'autorisation :

- une procédure « normale » comportant à la fois une publicité et le respect d'obligations de transparence;
- une procédure « dérogatoire » ou « allégée » limitée à une simple publicité dans certains cas.

Hypothèses de procédure « allégée »

S'agissant des hypothèses de procédure « allégée », celles-ci ne retiendront pas longtemps ici l'attention.

L'alinéa 2 du nouvel article L.2122-1-1 du CG3P prévoit que : « 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 ».

Par ailleurs, en application des dispositions d'un nouvel article L. 2122-1-4 du CG3P, lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L. 2122-1 intervient à la suite d'une « manifestation d'intérêt spontanée », l'autorité compétente doit simplement « s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente ».

Le périmètre de ces dérogations est clairement énoncé. Pour autant, leur compatibilité avec les termes de la directive n°2006/123 du 12 décembre 2006 relatives aux services dans le marché intérieur interpelle, celle-ci ne les prévoyant pas expressément. En outre, la mise en œuvre de ces dérogations est susceptible de poser des difficultés lorsqu'ils'agira de déterminer concrètement les mesures de publicité à mettre en œuvre.

La procédure normale

La procédure « normale » de délivrance des titres en vue « d'une exploitation économique » mérite une attention renforcée : l'autorité compétente devrait disposer d'une grande liberté pour en fixer les modalités de mise en œuvre. L'article L. 2122-1-1 alinéa 1 du CG3P énonce en effet simplement que « 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 ».

À défaut de règles impératives, le choix du support de la publicité est donc libre. À la différence des contrats relevant du champ de la commande publique, le recours au BOAMP, au JOUE ou à un Journal d'annonces légales (JAL) pourra être envisagé mais ne sera pas imposé. La publicité sur le site dématérialisé de la personne publique ou dans des revues spécialisées pourra aussi être choisie. Il devrait également être possible de faire paraître des annonces d'un contenu réduit mais à condition que celles-ci renvoient à des supports contenant un avis de publicité complet(23) .

En toute hypothèse, le choix du ou des supports de la publicité devra cependant être adapté à l'objet de l'autorisation, à son importance et au degré de concurrence entre les opérateurs. Selon le cas, la publication sur la plateforme d'achats de la personne publique et dans un journal d'annonces légales suffira. En revanche, lorsqu'il s'agira d'un titre portant sur l'exploitation économique d'une importante dépendance domaniale susceptible d'intéresser des opérateurs transfrontaliers, le choix de supports de publicité plus larges sera recommandé(24) .

Pour ce qui concerne le contenu de la publicité, la liberté est également la règle. Pour autant, l'autorité compétente devra respecter certaines obligations de transparence. Devraient ainsi au moins figurer dans l'avis les informations suivantes :

- l'identification de l'autorité qui délivre l'autorisation;
- la désignation du bien immobilier (lieu, implantation et descriptif de la dépendance domaniale);
- la durée prévue du titre;
- les conditions de remise des demandes d'autorisation et d'examen de celles-ci;
- la description succincte de la procédure de sélection préalable mise en œuvre par l'autorité compétente.

Le renvoi dans l'avis de publicité à un dossier de consultation sera également recommandé.

S'agissant des formalités de « mise en concurrence » elles-mêmes, l'ordonnance prévoit seulement que la procédure de sélection devra présenter « toutes les garanties d'impartialité et de transparence ».

Il conviendra donc d'abord de s'assurer de l'absence de tout risque de collusion entre l'autorité compétente et les potentiels candidats(25) . Il sera aussi conseillé l'élaboration d'un dossier de consultation des opérateurs, dont l'importance dépendra du type d'autorisation envisagée. Librement et gratuitement accessible, ce dossier pourra notamment décrire plus en détails la procédure de sélection préalable, notamment les conditions d'une éventuelle négociation si elle est envisagée et les pièces exigées des candidats pour apprécier leur candidature et offre; il pourra être accompagné de documents annexes (plans, information sur les éventuelles règles d'urbanisme applicables,...) permettant aux candidats de remettre dans de meilleures conditions leurs propositions.

En pratique, ce dossier de consultation pourra au moins être constitué :

- d'un règlement de consultation;
- d'un projet de titre d'occupation du domaine public;
- de documents techniques et annexes diverses.

De manière générale, l'obligation de transparence devra conduire l'autorité compétente à exposer précisément les modalités de remises de propositions et les modalités d'analyse de celles-ci, notamment si des durées variables de l'autorisation sont envisagées(26) .

L'indication des critères de choix du titulaire de l'autorisation sera également indispensable. Les principes posés par le Conseil d'État pour la passation des conventions de délégation de service public avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatives aux concessions peuvent guider : la mention des critères de choix s'imposait(27) . La Haute juridiction administrative n'avait toutefois pas imposé aux autorités déléguées d'indiquer les modalités de mise en œuvre de ceux-ci.

S'agissant de la délivrance d'autorisation d'occupation du domaine, en l'absence à ce jour de jurisprudence sur ce point, la prudence pourrait toutefois commander d'indiquer également les modalités de mise en œuvre des critères (hiérarchisation ou pondération). Les principes dégagés par le Conseil d'État en matière de MAPA peuvent d'abord y inciter(28) . En outre, l'article 10 de la directive Services n°2006/123 du 12

décembre 2006 impose des règles contraignantes en la matière : les critères encadrant l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes doivent être « clairs et non ambigus », « objectifs », « rendus publics à l'avance », « transparents et accessibles »(29) .

À propos des critères de choix des opérateurs économiques, les nouvelles dispositions du CG3P ne contiennent aucune liste, même indicative. Leur choix sera donc libre. Au titre des critères économiques, le montant proposé de la redevance d'occupation domaniale pourra être pris en compte tout comme éventuellement la nature d'autres garanties financières apportées par les opérateurs économiques (cautionnement, garantie à première demande, etc...). S'agissant des critères « techniques », leur choix pourra être très large. Par exemple, pour l'exploitation d'un restaurant, les candidats pourraient notamment être jugés au regard de la qualité de l'équipe de restauration proposée ou encore de l'intérêt et la cohérence d'ensemble du projet d'exploitation.

Il conviendra cependant de proscrire tous critères discriminatoires et non clairs. Il faudra aussi éviter que le choix des critères ne fasse basculer la délivrance de l'autorisation dans le domaine de la commande publique, en particulier celui d'une concession de service. S'agissant par exemple de la délivrance d'un titre en vue de l'exploitation d'un restaurant à proximité d'un équipement culturel, il sera difficile de trancher entre la qualification de simple autorisation d'occupation domaniale ou de concession de service, s'il est aussi imposé à l'occupant des lieux de mener des actions de promotion culturelle et si sa proposition se trouve aussi appréciée au regard de cet élément. La convention pourrait ne pas forcément être qualifiée de contrat de délégation de service public mais basculer tout de même dans la catégorie « intermédiaire » des concessions de service.

Pour ce qui concerne l'achèvement de la procédure, au titre des obligations de transparence qui pèsent sur elle, l'autorité compétente sera enfin tenue d'informer l'ensemble des opérateurs y ayant participé de sa clôture et des motifs du rejet de leurs dossiers pour les candidats évincés.

une procédure de sélection préalable qui sera tout de même placée sous le contrôle du juge administratif

La portée de l'ordonnance du 19 avril 2017 serait purement symbolique si aucune sanction et aucun recours ne permettaient de sanctionner la méconnaissance par l'autorité compétente des obligations procédurales qui pèsent sur elle.

Tel n'est pas le cas et cette réforme viendra très certainement nourrir un nouveau pan de contentieux administratif, puisque les litiges relatifs à l'occupation du domaine public relèvent normalement de la compétence de la juridiction administrative(30) .

Recours impossible au référé précontractuel

Certes, aucune voie de recours spécifique n'a été créée pour permettre aux opérateurs économiques de contester les conditions de mise en œuvre de la procédure de sélection préalable.

Ceux-ci se voient même précontractuel.

En effet, aux termes des dispositions de l'article L. 551-1 du CJA : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (...) ». Sur le fondement de dispositions sensiblement analogues, le Conseil d'État avait jugé que les procédures relatives à la conclusion de simples conventions d'occupation domaniale ne relevaient pas du périmètre du référé précontractuel(31) : cette position devrait être maintenue.

Le non-respect des règles relatives à la délivrance des autorisations ne devrait pas non plus relever du champ des dispositions de l'article 432-14 du Code pénal réprimant le délit dit de favoritisme : celui-ci ne vise en effet que les actes contraires « 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 contrats de concession ».

Recours « Tarn-et-Garonne » utilisable dans certains cas

En revanche, s'agissant des procédures de sélection préalable donnant lieu à la conclusion d'une convention entre l'autorité compétente et l'occupant du domaine, le « recours Tarn-et-Garonne » créé par le Conseil d'État par son arrêt de principe du 4 avril 2014 sera ouvert aux opérateurs économiques lésés(32) .

La mise en œuvre de cette voie de recours a ainsi été admise pour la contestation des conditions d'octroi de conventions d'occupation domaniale à la suite d'une procédure de sélection préalable(33) .

Le « recours Tarn-et-Garonne » permettra aux opérateurs économiques évincés de contester la régularité de la procédure de sélection préalable ou encore la régularité de la convention d'occupation domaniale.

Il pourra également être assorti d'une requête en référé suspension tendant à la suspension de l'exécution de la convention autorisant l'occupation conformément aux dispositions de l'article L. 521-1 du CJA.

Enfin, dans le cadre de ce recours, les opérateurs économiques pourront aussi présenter à l'encontre de la personne publique des conclusions aux fins d'indemnisation du préjudice qu'ils estiment avoir subi du fait de leur éviction irrégulière.

S'agissant de la délivrance de titres d'occupation sous forme d'actes administratifs unilatéraux, la voie du « recours Tarn-et-Garonne » sera en principe fermée. Pour autant, les conditions de délivrance de ces titres ne devraient pas échapper au contrôle du juge et, sauf aménagement d'une nouvelle voie de recours spécifique, les opérateurs économiques évincés devraient pouvoir tenter de contester l'attribution de ceux-ci notamment par la voie du recours pour excès de pouvoir.

L'éventualité de ce contrôle du juge administratif devrait inciter les autorités compétentes à éviter tous choix arbitraires ou discrétionnaires, afin notamment de ne pas s'exposer à des contentieux indemnitaires dont les enjeux financiers pourraient parfois être élevés.

Pour conclure, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 constitue assurément une réforme d'une portée pratique très importante et dont les modalités de mise en œuvre ne seront peut-être pas toujours aisées. Cette réforme suscite pourtant aussi des questionnements quant à son périmètre, dont on ne comprend pas pourquoi il est limité à la délivrance d'autorisation d'occupation du seul domaine public. Comme l'a mis en exergue la Cour de justice de l'Union Européenne dans sa décision *Promoimpresa* du 14 juillet 2016, aucune distinction ne devrait en principe être faite au regard du droit communautaire entre les conditions de délivrance d'une autorisation en vue d'une exploitation économique sur le domaine public ou sur le domaine privé. Cette réforme sera donc peut-être suivie d'autres qui viendront notamment concerner la mise en place d'une procédure de sélection préalable lorsque l'occupation concernera le domaine privé d'une collectivité. Affaire à suivre...

(1) En ce sens, CE 3 décembre 2010, *Association Jean Bouin*, req. n° 338272.

(2) CJUE 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et C-67/15.

(3) Cf. CGCT, art. L. 1411-1.

(4) Cf. ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 67.

(5) CE 12 mars 1999, *Café Restaurant l'Orée du bois*, n° 186085.

(6) CE 19 janvier 2011, *CCI Pointe à Pitre*, req. n° 341669.

(7) CE 26 mars 1999, *EDA*, req. n° 202260.

(8) Cet objectif de valorisation du domaine public a même conduit, avec la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 dite loi Pinel, à introduire la possibilité d'exploiter un fonds de commerce « sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre » en vertu des dispositions de l'article L. 2124-32-1 du CG3P.

(9) L'article L. 2125-3 du CG3P prévoit que « La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation ».

(10) CE 3 décembre 2010, *Jean Bouin*, précité.

(11) Il aurait été concevable sans doute de fixer un seuil en deçà duquel l'obligation de procédure de sélection préalable n'aurait pas été imposée, ce qui aurait pu alléger tout de même considérablement les contraintes pesant sur les autorités chargées de délivrer les autorisations.

(12) L'article 4 de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 ajoute un nouvel alinéa à l'article L. 2122-2 du CG3P.

(13) Si l'on se cale notamment sur les règles fixées en matière de concession de service par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et son décret d'application n° 2016-86 du 1er février 2016 (article 6).

(14) Pour un exemple récent de requalification d'une convention d'occupation du domaine public en matière portuaire (une convention de terminal) en une concession de services relevant du champ d'application de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, cf. CE 14 février 2017, *Société Sea Invest Bordeaux*, req. n° 405157.

(15) En vertu de la nouvelle rédaction des dispositions de l'article L. 2341-1 du CG3P.

(16) Cf. CG3P, art. L. 2124-34.

(17) Cf. CG3P, art. L.2122-1-3.

(18) CJCE 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur, aff. C-454/06.

(19) En matière de marchés ou de concessions, les principes posés par la jurisprudence de la CJCE Presstext du 19 juin 2008 ont été expressément repris dans la réglementation applicable : article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 pour les marchés publics et article 36 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 pour les concessions.

(20) Cf. CG3P, art. L.2122-1-2.

(21) Cf note de bas de page n° 17.

(22) L' article L. 2122-1-3 du CG3P vise également comme exception l'hypothèse d'une première procédure de sélection qui se serait révélée infructueuse ou lorsqu'une publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent serait demeurée sans réponse. Cet article prévoit aussi une exception « lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient ».

(23) L' article 34 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 autorise notamment désormais la publication d'avis de publicité allégés en matière de marchés.

(24) Pour un rappel des principes posés en matière de MAPA : cf. CE 7 octobre 2005, Région Nord Pas de Calais, req. n°278732.

(25) Pour un rappel de ce principe en matière de marché public, la solution étant toutefois transposable à la délivrance d'autorisation d'occupation domaniale : CE 14 octobre 2015, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 390968. Le Conseil d'État juge « qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

(26) Conseil d'Etat d'une procédure de délégation de service public en raison de l'absence d'indications assez précises des modalités d'examen d'offres comportant des durées différentes, cf. CE 15 décembre 2008, Communauté intercommunale des Villes solidaires, req. n° 312350.

(27) En ce sens, cf. CE 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 328827.

(28) Au regard notamment du principe de transparence qui s'applique en matière de passation des marchés, le Conseil d'Etat a jugé que : « pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné » (CE 30 janvier 2009, ANPE, req. n° 290236).

(29) L' article 10 de la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur prévoit que : « 1. Les régimes d'autorisation doivent reposer sur des critères qui encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire.

2. Les critères visés au paragraphe 1 sont : a) non discriminatoires; b) justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général; c) proportionnels à cet objectif d'intérêt général; d) clairs et non ambigus; e) objectifs; f) rendus publics à l'avance; g) transparents et accessibles. »

(30) Cf. CG3P, art. L. 2331-1.

(31) Cf. CE 3 décembre 2014, Etablissement public Tisséo, req. n° 384170.

(32) CE 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.

(33) CE 2 décembre 2015, Société ORANGE, req. n° 386979.

Références

Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017

Mots clés

Domaine public - Exploitation économique - Procédure de sélection préalable - Exceptions - Référé

08/17/2021 Moniteur Juris < mohamed sidi / 4412291 > ADALTY5

