



# FLASH INFO

Mars 2017

ADAMAS  
Avocats associés

## L'extension des obligations de publicité de mise en concurrence aux autorisations d'occupation du domaine public et à toutes les cessions des biens du domaine privé des personnes publiques

### Le point sur le projet d'ordonnance pour l'application de l'article 34 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi Sapin II

La Loi Sapin II du 9 décembre 2016 habilite le Gouvernement pour une durée d'un an à fixer par voie d'ordonnance des règles applicables à « certaines » autorisations d'occupation du domaine public, ainsi qu'aux cessions des biens privés des personnes publiques.

La DAJ de BERCY vient de diffuser une seconde version du projet d'ordonnance, pour consultation.

Les principes nous paraissent suffisamment arrêtés sur des points essentiels pour vous les présenter, dans un souci d'anticipation.

#### **1 – Une nouvelle catégorie juridique : les autorisations d'occupation du domaine public « en vue d'une exploitation économique ».**

Le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques (CG3P) distingue les AOT constitutives de droit réel de celles qui ne sont pas.

Il faudra désormais distinguer également, parmi les AOT, celles conclues en vue d'une exploitation économique, soumises à des règles de passation particulières.

On sait que, faisant prévaloir la prérogative de puissance publique, le Conseil d'Etat a maintenu jusqu'à ce jour contre vents et marrées l'ensemble des AOT à l'abri de toute procédure obligatoire de publicité et de mise en concurrence, sauf bien sûr lorsque l'AOT était l'accessoire d'un contrat de la commande publique.

Cette position ne pouvait résister à la poussée du credo communautaire de la concurrence.

Par deux arrêts du 14 juillet 2016, la CJUE a 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, en l'occurrence dans des zones portuaires (CJUE 14 juillet 2016 Aff. C-458/14 et C-67/15).

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 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.



# FLASH INFO

Mars 2017

ADAMAS  
Avocats associés

Aux termes de l'article 12 de la directive :

*« 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 ».*

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 SAPIN II du 9 décembre 2016 invite le Gouvernement à légiférer par ordonnance.

La dernière version du projet d'ordonnance mis en ligne par Bercy pose donc le principe d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, qui pourrait être librement déterminée par l'autorité compétente, et se limiter parfois à une simple publicité lorsque le nombre d'autorisations disponibles sur une zone domaniale considérée n'est pas limité.

Mais la contrainte ira plus loin.

A ce jour, le gestionnaire d'un domaine public fixe librement la durée de l'autorisation et les conditions de son renouvellement.

Il ne devrait plus en aller ainsi.

En effet, l'article 12.2 de la directive 2006/123 stipule que :

*« l'autorisation est octroyée pour une durée limitée appropriée et ne doit pas faire l'objet d'une procédure de renouvellement automatique ».*

La durée doit donc être en lien avec l'investissement de l'occupant. Mais cette durée ne doit pas empêcher une remise en concurrence de l'autorisation à un terme raisonnable.

## **2 – Le principe de mise en concurrence des aliénations par toutes les personnes publiques des immeubles de leur domaine privé.**

A ce jour, seules les cessions des immeubles privés de l'Etat sont soumises à une procédure d'adjudication avec publicité préalable.

Les autres personnes publiques, en particulier les collectivités territoriales, sont libres de vendre leurs biens immobiliers à qui bon leur semble.

Le projet d'ordonnance met fin à cette situation et prévoit qu'à l'avenir, l'ensemble des aliénations des biens du domaine privé des personnes publiques seront soumises à une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence.

Dans sa version actuelle, le projet renvoie à un décret le soin de préciser cette procédure.



# FLASH INFO

Mars 2017

ADAMAS  
Avocats associés

### **3 – En revanche, en sa dernière version, ne comporte pas de dispositions propres aux cessions dites cessions « avec charges ».**

Comme un bail, une vente immobilière en vue de la réalisation de constructions dont la nature ou la destination sont pour partie au moins déterminées par le vendeur personne publique, sont, suivant l'intensité de la contrainte imposée par ladite personne publique, susceptibles de relever du champ d'application des ordonnances marchés ou concessions.

La question récurrente à laquelle se heurtent les praticiens consiste précisément à savoir quel niveau de contrainte fait basculer un bail ou une vente dans l'une ou l'autre de ses qualifications.

Ni la jurisprudence communautaire, ni la jurisprudence nationale, n'apporte à ce jour de réponse claire et satisfaisante.

Ceux qui attendaient une clarification législative seront déçus.

L'incapacité de tracer cette frontière tient peut-être à la difficulté d'appréhender la diversité des situations.

Il faudra donc continuer à procéder à des analyses au cas par cas, et à spéculer sur la jurisprudence à venir.

### **4 – De façon satisfaisante, le projet d'ordonnance devrait sécuriser la possibilité pour une personne publique de conclure une promesse de vente sur un bien de son domaine public avant que celui-ci ait été désaffecté et déclassé, dès lors que cette désaffectation et ce déclassé peuvent être considérés comme certains et enfermés dans un délai.**

Au passage, l'ordonnance devrait permettre la régularisation des cessions antérieures réalisées sans déclassé préalable et ce de façon rétroactive.

Positive encore la disposition précisant que lorsque l'occupation du domaine public est prévue dans un contrat de la commande publique (marché ou concession), elle peut l'être gratuitement.

\* \*  
\*

Nous aurons l'occasion de revenir sur ces points lorsque le texte aura été consolidé.

**Contact :** Romain GRANJON  
Avocat associé