

## Immobilier public

### Mise en concurrence des titres d'occupation du domaine privé : quand le flou perdure

Entre l'ordonnance de 2017 réformant la propriété des personnes publiques, la jurisprudence européenne et la position de Bercy, difficile d'y voir clair.

Par Victoria Goachet, avocat, Seban & Associés

**L'**enjeu est limpide. Il s'agit d'apprécier si une personne publique peut librement mettre un terrain ou un ensemble immobilier à la disposition d'un promoteur ou autre investisseur, sans procéder à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence.

C'est, par exemple, une Ville qui confie à un opérateur sur le long terme, *via* un bail à construction ou un bail emphytéotique administratif, un bâtiment dont elle n'a plus l'usage, afin que celui-ci le réhabilite pour l'affecter à des commerces, à des activités culturelles ou sportives. Ou encore, une région qui met un vaste terrain à la disposition d'un promoteur, avec l'obligation pour lui de réaliser une série d'équipements qui seront exploités dans son intérêt propre ou cédés à des tiers (un cinéma, des bureaux, un hôtel, des logements, un centre commercial...), mais qui pourront indirectement servir l'intérêt général parce qu'ils dynamiseront la vie d'un quartier et son développement économique.

**Une réforme en 2017.** La question nourrit le débat depuis plusieurs années. Et l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a posé le sujet avec une acuité plus grande encore. Si ce texte soumet, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2017, les dépendances du domaine public à des mesures de publicité et de sélection préalables, il ne dit rien en effet des dépendances du domaine privé. Et une réponse ministérielle publiée en janvier dernier (1) a suscité de nouveau l'émotion : elle indique que toute mise à disposition d'une propriété d'une personne publique, quand bien même elle relèverait du domaine privé, devrait être nécessairement précédée d'une mise en concurrence.

Cette réponse du ministère de l'Action et des Comptes publics s'offre sûrement à la critique, tant elle paraît sans nuance. Mais elle met la lumière sur une réalité longtemps occultée : si le droit national n'impose pas de mise en concurrence préalable à ces montages immobiliers privés assis sur du foncier public, le droit européen édicte, sur le principe, une obligation de cette nature.

#### Sur le terrain du droit national

Comme les juridictions administratives ont eu l'occasion de le rappeler à de nombreuses reprises (2), il n'existe pas aujourd'hui de texte, législatif ou réglementaire, qui impose à une personne publique de procéder à des mesures de publicité et de mise en

concurrence avant de mettre à disposition un bien immobilier de son domaine privé.

Une procédure de mise en concurrence devrait s'appliquer aux montages domaniaux privés.

Il est vrai que les débats qui ont entouré la réforme de la propriété des personnes publiques ont pu laisser penser qu'une évolution était à prévoir sur ce terrain. Le rapport au président de la République relatif

à l'ordonnance de 2017 précitée indiquait, en effet, qu'il convenait « de soumettre la délivrance de certains titres d'occupation du domaine public et privé à une procédure de sélection entre les candidats potentiels ou de simples obligations de publicité préalable, lorsque leur octroi a pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique sur le domaine ».

Il demeure toutefois que ladite ordonnance ne vise en réalité que les titres d'occupation du domaine public. Et c'est du reste fort logique : le gouvernement aurait, sinon, excédé le champ de son habilitation (3). Il faudrait donc considérer, sous réserve naturellement que le contrat ne puisse pas être requalifié en contrat de la commande publique (4), qu'une personne publique peut mettre du foncier à la disposition d'un investisseur, sans l'avoir préalablement mis en concurrence avec d'autres.

#### Sur le terrain du droit européen

Mais une telle conclusion doit sans doute être nuancée, car le sujet demeure pleinement ouvert au regard du droit de l'Union européenne (UE).

**La jurisprudence « Promoimpresa ».** La Cour de justice de l'UE (CJUE) a en effet jugé en 2016 que, lorsqu'une autorisation



d'occupation d'une dépendance domaniale ne constitue pas un contrat de concession de service (5), elle doit malgré tout, lorsque le nombre d'autorisations «est limité en raison de la rareté des ressources naturelles», être précédée de la mise en œuvre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, à tout le moins lorsque l'autorisation est nécessaire à l'exercice d'une activité économique (CJUE, 14 juillet 2016, «Promoimpresa», C-458/14). Et dans la mesure où le droit européen ne fait pas de distinction entre domaine public et domaine privé, cette solution devrait s'appliquer pleinement aux montages domaniaux privés.

Mais loin de poser une obligation préalable de mise en concurrence qui serait de portée générale, la CJUE a entendu au contraire limiter son champ : tous les contrats de mise à disposition domaniale (location, bail à construction...) ne doivent pas automatiquement être précédés d'une procédure de mise en concurrence, loin de là.

Déjà, il semble falloir comprendre qu'une mise en concurrence n'est requise que dans les cas où le contrat peut être regardé comme une « autorisation » au sens de la directive dite « Services » du 12 décembre 2006 ; c'est-à-dire uniquement dans les cas où il est un acte formel « devant être obtenu par les prestataires, auprès des autorités nationales, afin de pouvoir exercer leur activité économique » (6). Surtout, une mise en concurrence n'est imposée que si la dépendance constitue une « ressource rare », c'est-à-dire que s'il existe un risque que certains opérateurs intéressés par le contrat de mise à disposition ne puissent pas être « servis », et ne puissent en conséquence pas exercer leur activité.

On peut penser à la mise à disposition d'un bâtiment symbolique ou historique (un château de renom, par exemple), ou

bien à celle d'un immeuble ou d'un terrain exceptionnel par sa taille ou par sa situation (un ancien lycée en plein cœur de Paris, un immeuble situé face à un équipement sportif d'envergure, un terrain dans un quartier où il n'y a plus d'autres

fonciers...). Il est entendu que, dans ces hypothèses, plusieurs opérateurs seront susceptibles de vouloir réaliser un investissement sur le bien concerné et que tous ne pourront pas être satisfaits, si bien que le propriétaire public devra procéder à une publicité et une mise en concurrence préalables. A l'inverse, une petite ville pourra librement

donner à bail un terrain communal sans intérêt particulier, qui se situe en périphérie, comme beaucoup d'autres.

**L'application de l'ordonnance au domaine privé.** S'il existe donc une obligation de mettre en concurrence certains contrats de mise à disposition du domaine privé, il n'est pas sûr pour autant qu'il faille appliquer pour ce faire les dispositions de l'ordonnance du 19 avril 2017, comme le suggère pourtant la réponse ministérielle évoquée.

Le locataire de Bercy y a en effet indiqué que, quand bien même les règles de droit interne régissant l'attribution des titres d'occupation sur le domaine privé des personnes publiques n'ont pas été modifiées par l'ordonnance du 19 avril 2017, prise postérieurement à la décision « Promoimpresa » de la CJUE, il résulte de cette dernière que « les autorités gestionnaires du domaine privé doivent [...] mettre en œuvre des procédures similaires à →

celles qui prévalent pour le domaine public et qui sont précisées par les articles L. 2122-1-1 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques [CG3P]», issus de l'ordonnance.

Cette décision est clairement discutable, en raison de la portée générale qu'elle donne à l'obligation de mise en concurrence et de l'analogie faite avec l'ordonnance. Un exemple seulement : l'ordonnance exclut, par exception, toute obligation de procéder à une sélection préalable lorsque « le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité » (article L. 2122-1-1 du CG3P). On serait tenté de rapprocher cette disposition de celle du droit européen qui exempte de mise en concurrence les dépendances du domaine qui ne sont pas une « ressource rare », c'est-à-dire dont le nombre n'est pas réellement limité. Mais il reste que le droit national impose tout de même dans ce cas une mesure de publicité, ce que

le droit européen ne requiert aucunement. L'exigence nationale est de bon sens : il faut porter à la connaissance de tous la circonstance que des dépendances sont libres, afin de s'assurer que l'offre n'est pas inférieure à la demande. Mais la CJUE n'évoque aucunement cette précaution. A l'inverse, l'ordonnance introduit une batterie d'exceptions à l'obligation de

mise en concurrence, exceptions qui ne sont toutefois pas formellement fixées par le droit européen, et pour cause puisque ce dernier constitue une œuvre jurisprudentielle.

Au fond, parce que le droit européen pose un principe de publicité et de sélection préalables, tant pour le domaine privé que pour le domaine public, mais qu'il n'en précise pas pour autant les contours précis, l'ordonnance reste une forme de transposition libre de la portée qu'il conviendrait de donner à cette obligation européenne de principe. Et, de ce point de vue, il sera toujours discutable de considérer que l'ordonnance, qui ne vise pas le domaine privé, s'applique tout de même également à ce dernier.

Sous cette réserve, il y a toutefois une certaine logique à s'inspirer de l'ordonnance pour organiser les mises à disposition des dépendances du domaine privé. C'est vrai sur les principes qui gouvernent les procédures de sélection : il faut respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Et c'est vrai sans doute aussi des exceptions... Mais c'est ici que le débat demeure très ouvert. ●

(1) *QE n° 12868 du député Jean-Luc Fugit (LREM - Rhône), réponse ministérielle publiée au JOAN du 29 janvier 2019.*

(2) *CAA Paris, 30 décembre 2016, n° 14PA00218, par exemple.*

(3) *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.*

(4) *« Les mises à disposition domaniales avec charges », par Maeva Guillerm, Actes pratiques et Ingénierie immobilière, 1<sup>er</sup> décembre 2016.*

(5) *Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.*

(6) *« Occupation du domaine privé, ordonnance du 9 avril 2017 et mise en concurrence », par Nelly Sudres, AJDA 2017, p. 2110.*



### Ce qu'il faut retenir

► La question de savoir si une personne publique peut, librement, mettre un terrain ou un immeuble à la disposition d'un promoteur sans procéder à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence n'est à ce jour pas totalement réglée.

► L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques n'impose de telles procédures que pour les dépendances du domaine public, et ne dit mot du domaine privé.

► Le ministre de l'Action et des Comptes publics, dans une réponse écrite du 29 janvier dernier, estime, au regard du droit européen, que toute mise à disposition de la propriété d'une personne publique devrait être précédée d'une mise en concurrence, même pour le domaine privé. Et qu'en outre des procédures similaires à celles instituées par l'ordonnance pour le domaine public devraient alors être respectées.

► Cette interprétation peut paraître excessive, mais invite les entités publiques à la prudence, en attendant que la jurisprudence vienne trancher la question.