

Conventions d'occupation du domaine public et référé (pré)contractuel

En principe, les conventions d'occupation du domaine public n'entrent pas dans le champ d'application du référé précontractuel. Néanmoins, ce principe connaît des exceptions lorsque, derrière de telles conventions, se cachent des contrats relevant de la commande publique.

Le sujet pose une question simple : le juge des référés précontractuels et contractuels peut-il avoir à connaître de conventions d'occupation du domaine public ? La réponse qu'elle appelle l'est tout autant : dans la mesure où le champ d'intervention du juge des référés (pré)contractuels se limite aux contrats de la commande publique, les conventions d'occupation du domaine public échappent au juge des référés (pré)contractuels, mais dans la seule mesure où, derrière le voile d'une mise à disposition domaniale, elles n'ont pas toutefois principalement pour objet de répondre à une commande publique. Et l'enjeu – dont le juge des référés doit fatalement se saisir – est bien souvent de déterminer si telle ou telle convention d'occupation du domaine public relève bien de la valorisation domaniale ou, au-delà, de la commande publique.

Le référé (pré)contractuel, inapplicable aux conventions d'occupation du domaine public « sèches »

Un champ de compétence qui exclut, par définition, les simples conventions d'occupation du domaine public

Le référé précontractuel, comme le référé contractuel, ne peut concerner que les « 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 »⁽¹⁾. Le champ de compétence du juge des référés (pré)contractuels est ainsi limité, par les textes, aux contrats qui portent

Auteur

Maeva Guillerm
Avocat à la Cour
SCP Seban et associés

Mots clés

Bail emphytéotique administratif • Commande publique
• Occupation du domaine public • Référé contractuel
• Référé précontractuel

(1) CJA, art. L. 551-1, auquel renvoie l'article L. 551-13 du CJA pour ce qui concerne le référé contractuel.

une commande publique. À l'évidence donc, ne relèvent pas du juge des référés ceux des contrats qui n'ont pas d'autre objet que de permettre l'occupation du domaine public, notamment pour satisfaire une volonté de valorisation du domaine en autorisant des opérateurs à exercer des activités purement privées, mais qui peuvent malgré tout être utiles à la vie de la Cité (l'exploitation d'un café-restaurant dans un équipement culturel ou un aéroport, l'installation de commerces dans une vieille halle désaffectée à réhabiliter...). Ces conventions d'occupation du domaine public « sèches », parce qu'elles ne relèvent pas de la commande publique, n'entrent pas dans le champ de compétence du juge des référés, ainsi que le Conseil d'État l'a souligné à de nombreuses reprises^[2]. Il a encore eu, tout récemment, l'occasion de rappeler, au sujet d'un contrat de mobilier urbain qui devait être analysé comme revêtant le caractère d'une convention d'occupation du domaine public, « qu'un tel contrat, qui n'a pour objet ni la délégation d'un service public ni 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, n'est pas au nombre des contrats mentionnés à l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à l'égard desquels le juge du référé précontractuel peut prendre les mesures définies à l'article L. 551-2 de ce code »^[3]. Une autre solution n'aurait d'ailleurs guère eu de sens dans la mesure où l'office du juge des référés précontractuels ne va pas au-delà du contrôle du respect, par les personnes publiques, de leurs obligations de publicité et de mise en concurrence ; obligations dont il est désormais acquis qu'aucune ne pèse, en principe, sur les simples conventions d'occupation du domaine^[4].

Un champ de compétence insensible aux modalités de dévolution retenues

On sait toutefois que, même lorsqu'elle n'y est pas tenue, une personne publique peut toujours décider de mettre en œuvre des mesures de publicité et/ou de mise en concurrence préalablement à la signature d'une convention d'occupation du domaine public. La démarche est saine. Une mise en concurrence peut, en effet, bien souvent permettre au gestionnaire du domaine de valoriser au mieux telle ou telle dépendance dont il n'a plus besoin. Simplement, on sait que, dans ce cas de figure, la personne publique gestionnaire du domaine est ensuite liée, par les règles qu'elle s'est elle-même imposées, si bien que leur non-respect est susceptible d'affecter la régularité de la convention^[5]. Au premier regard, il n'aurait donc pas été absurde de penser que, dans cette

hypothèse bien particulière, le juge des référés précontractuels pourrait être saisi des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles le gestionnaire du domaine s'est volontairement soumis. Il y aurait eu, en effet, une logique à ce que les opérateurs évincés d'une telle compétition puissent bénéficier des mêmes garanties procédurales que les candidats non-retenus lors de la passation d'un contrat de la commande publique.

Ce n'est toutefois pas la voie qu'a choisie le Conseil d'État : il considère de longue date^[6], et a encore rappelé, tout récemment^[7], que la circonstance que la personne publique gestionnaire du domaine ait décidé de se soumettre volontairement à une procédure de publicité et de mise en concurrence n'est pas de nature à entraîner la compétence du juge des référés précontractuels. Toute autre solution aurait d'ailleurs été à l'encontre de la lettre de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative : on le disait, si les procédures de référés (pré)contractuels ont bien pour objet de sanctionner des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, les textes limitent leur champ d'application aux contrats de la commande publique. Or, comme le souligne le rapporteur public dans ses conclusions sur l'arrêt Établissement public Tisséo précité, « la définition du champ d'application des recours contentieux est d'ordre public et si une personne publique peut toujours appliquer une procédure à laquelle elle n'est pas soumise, cette décision ne peut avoir pour effet de modifier le périmètre des procédures contentieuses et d'étendre les pouvoirs d'un juge au-delà de leur champ d'application légal »^[8]. Le champ de compétence du juge des référés précontractuels et contractuels est donc insensible aux modalités de dévolution du contrat, retenues par le gestionnaire du domaine. Et il va sans dire qu'il l'est également à la qualification donnée au contrat par la personne publique^[9], si bien qu'il appartient au juge des référés, chaque fois qu'il est saisi d'un contrat emportant occupation du domaine public, de rechercher quelle est sa véritable nature.

En définitive, la seule hypothèse dans laquelle une convention d'occupation du domaine public « sèche » peut relever de la compétence du juge des référés précontractuels est celle dans laquelle la nature de la convention (simple convention d'occupation du domaine public ou contrat de la commande publique) n'était pas acquise en début de procédure, parce que la personne publique ne pouvait pas être assurée de ce que, à l'issue des discussions engagées avec les opérateurs intéressés, la convention d'occupation du domaine ne devrait pas, en définitive, être regardée comme portant à titre principal une commande publique. Le Conseil d'État a en effet jugé que, dans cette hypothèse, il convient de suivre la

[2] CE 12 mars 1999, Ville de Paris, req. n° 186085 ; CE 10 mars 2006, Société Unibail Management, req. n° 284802 ; CE 19 janvier 2011, CCI de Pointe-à-Pitre, req. n° 341669 ; CAA Paris 6 mars 2012, Société Towercast, req. n° 10PA00316.

[3] CE 3 décembre 2014, Établissement public Tisséo, req. n° 384170.

[4] CE Sect., 3 décembre 2010, Ville de Paris, req. n° 338272.

[5] CE Sect., 3 décembre 2010, Ville de Paris, req. n° 338272, précité.

[6] CE 12 mars 1999, Ville de Paris, req. n° 186085, précité.

[7] CE 3 décembre 2014, Établissement public Tisséo, req. n° 384170, précité.

[8] G. Pellissier, *BJCP* n° 99, p. 128.

[9] CE 3 décembre 2014, Établissement public Tisséo, req. n° 384170, précité.

procédure de passation du contrat la plus rigoureuse et que « le juge des référés peut, dès lors, être valablement saisi de la régularité de sa passation sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative »^[10].

Il est clair, en effet, que les conventions d'occupation du domaine public n'échappent au juge des référés (pré)contractuels que dans la seule mesure où elles ne renferment pas principalement une commande publique.

Le référé (pré)contractuel, applicable aux conventions d'occupation du domaine public qui renferment une commande publique

Les contrats concernés à l'heure actuelle

Ce n'est fondamentalement que quand, sous l'apparence d'une convention d'occupation du domaine public, se cache un contrat de la commande publique que le juge des référés (pré)contractuels sera compétent.

C'est vrai, déjà, des conventions qui, certes emportent occupation du domaine public, mais constituent avant tout des contrats de la commande publique au sens du droit national. On pense, pour l'essentiel, aux contrats qui étaient, jusqu'en 2009, limitativement énumérés à l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, à savoir les marchés publics, certains des marchés soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, les contrats de partenariat, les baux emphytéotiques hospitaliers et les conventions de délégation de service public ; contrats auxquels s'ajoutent désormais les concessions de travaux publics et les concessions d'aménagement^[11].

C'est vrai aussi, depuis l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, des contrats qui constituent des marchés publics ou des concessions, non pas cette fois au sens du droit national, mais au sens du droit européen. Sont couverts, à ce titre, les conventions d'occupation du domaine public et les baux emphytéotiques « aller-retour », mais sans doute aussi, à condition qu'elles soient conclues à titre onéreux (si la redevance est fixée à un prix inférieur à la valeur du marché), les conventions d'occupation du domaine public par lesquelles la personne publique propriétaire fait peser, sur le preneur, la charge de réaliser des ouvrages déterminés, qui ne seront certes pas mis à sa disposition pendant la durée de la convention, mais qui répondent à ses « besoins précisés »^[12]. Qu'on pense, par exemple, au contrat par lequel une commune met un terrain à la

disposition d'un opérateur et lui confie le soin d'y réaliser un programme d'équipements spécifiques (des logements, un espace de stationnement, un cinéma,...), qu'il exploitera dans son intérêt propre, mais qui servira tout de même un intérêt général, et reviendra à la collectivité en pleine propriété au terme du bail ou de l'autorisation.

L'incertitude en la matière est ailleurs, et elle tient elle-même à celle qui entoure certaines décisions de juridictions administratives aux termes desquelles un contrat qui ne satisfait pas à tous les éléments de définition d'un contrat de la commande publique peut, tout de même, devoir être soumis « aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant des principes généraux du droit de la commande publique »^[13]. Qu'on pense à ces contrats de mise à disposition d'une dépendance à un opérateur qui sont, pour la personne publique, le moyen de satisfaire un besoin clair, mais qui ne sont pas conclus à titre onéreux. La lettre de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative commanderait de considérer qu'en l'absence de « contrepartie économique », ils ne peuvent pas faire l'objet d'un référé précontractuel. Mais cela reviendrait à exclure du champ des référés (pré)contractuels des contrats qui doivent pourtant, nécessairement, être soumis à des mesures de publicité et de mise en concurrence, à tout le moins s'il fallait suivre ce mouvement jurisprudentiel qui n'a pas été validé, et loin s'en faut, par le Conseil d'État. La solution ne serait, de ce point de vue, guère satisfaisante. Mais c'est peut-être un faux sujet, précisément parce que ces décisions ne traduisent pas l'état du droit applicable.

Des contrats encore concernés à brève échéance ?

Le sujet se présente d'ailleurs, sans doute, sous un jour quelque peu renouvelé à l'aube de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Il est en effet acquis que bon nombre des conventions d'occupation du domaine public, qui entrent pour l'heure dans le champ d'application des procédures de référé (pré)contractuel, ne pourront plus être légalement sollicitées à compter de l'entrée en vigueur de ce texte, prévue pour le 1^{er} avril prochain.

On pense immédiatement aux montages « aller-retour » qui s'appuient sur des baux emphytéotiques administratifs et des autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels ; montages auxquels l'article 101 de l'ordonnance met définitivement un terme, en disposant qu'un bail emphytéotique administratif ou une autorisation d'occupation temporaire du domaine « ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis

[10] CE 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, req. n° 317671.

[11] TA Toulouse, ord., 13 avril 2007, Société ONAGAN Promotion SAS, req. n° 701433.

[12] Article 1^{er} de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

[13] CAA Marseille 25 février 2010, Commune de Rognes, req. n° 07MA03620 ; TA Nîmes 5 avril 2012, Commune de Langlade, req. n° 1000792.

à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante ».

La question se pose sans doute, au premier regard, de savoir si le même sort est fatalement réservé aux conventions d'occupation du domaine qui, sans organiser cette fois un partenariat public-privé, font malgré tout peser une charge de travaux déterminée sur l'occupant ; conventions dont on rappelait qu'elles peuvent, si elles sont conclues à titre onéreux, être regardées comme des contrats de la commande publique, alors même qu'aucun bien ne fera immédiatement retour à la personne publique gestionnaire du domaine^[14]. Une lecture littérale de l'article 101 de l'ordonnance peut laisser à penser qu'elles sont également prohibées. Loin de ne viser que les montages aller-retour, la rédaction de cet article englobe en effet très largement toutes les conventions d'occupation du domaine public requalifiables en contrats de la commande publique, et laisse donc à penser que les conventions d'occupation du domaine public constitutives de droits réels (et notamment les baux emphytéotiques administratifs) ne pourront plus, légalement, porter une commande publique à compter du 1^{er} avril prochain. Mais une autre lecture, plus pragmatique, doit

sans doute être retenue, notamment en considération de ce que le même article 101 indique plus loin que, dans le cas où un bail emphytéotique administratif ou une autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit les conditions de l'occupation du domaine. Au fond, il faut sans doute considérer que des baux emphytéotiques administratifs ou autres autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels pourront toujours être associés, mais de façon accessoire, à des contrats de la commande publique. Et de ce point de vue, l'ensemble contractuel ainsi formé devrait logiquement relever de la compétence du juge des référés (pré)contractuels, si bien que le spectre des conventions emportant occupation du domaine public - ; dont peut avoir à connaître le juge des référés précontractuels - ne devrait être amputé que des montages « aller-retour » désormais proscrits.

Il est donc, en définitive, bien des cas dans lesquels des conventions emportant (entre autres) occupation du domaine public pourront donner lieu à un référé précontractuel ou contractuel. Et la difficulté demeurera en la matière d'apprécier, au cas par cas, si telle ou telle convention emportant occupation du domaine public constitue – ou non – avant tout un contrat de la commande publique.

[14] CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, aff. C-451/08.