



LA MISE À DISPOSITION DU DOMAINE DES PERSONNES PUBLIQUES

Par Marion Terraux et Laurent Bonnard, avocats au cabinet Seban & Associés

La mise à disposition de leur domaine – public ou privé – par les personnes publiques a longtemps échappé à toute obligation de publicité et de mise en concurrence (CE, sect., 3 décembre 2010, Association Jean Bouin, n° 338272). Cependant, sous la pression de la jurisprudence communautaire, le gouvernement a mis fin à cette liberté des gestionnaires domaniaux en édictant l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

■ Suis-je libre de mettre à disposition des biens de mon domaine public ?

La mise à disposition des biens du domaine public par le propriétaire ou le gestionnaire de ce domaine est désormais soumise, au titre de l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), à des règles de publicité et de mise en concurrence lorsqu'elle permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique. Cette notion d'exploitation économique est appréciée de manière extensive puisque constitue une activité économique « toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné ».

Ainsi, les personnes publiques doivent apprécier, préalablement à la délivrance d'un titre d'occupation de leur domaine public, si ce titre permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser leur domaine pour offrir des biens ou des services sur un marché donné. Dans l'affirmative, la personne publique devra procéder à une mise en concurrence afin de mettre son domaine public à disposition.

■ Pour mettre à disposition une parcelle de mon

domaine privé, puis-je contracter sans procéder à une mise en concurrence ?

Oui, la mise en concurrence des autorisations d'occupation du domaine des personnes publiques n'est obligatoire que pour les dépendances de leur domaine public.

■ Comment concilier la mise en concurrence des biens du domaine public et l'obligation de mise à disposition ?

La mise en concurrence préalable de biens du domaine public est exigée « sauf dispositions législatives contraires ». Ainsi, lorsque des dispositions spécifiques imposent à une personne publique de mettre à disposition des dépendances de son domaine public à une ou plusieurs personnes déterminées – on citera à titre d'exemple les dispositions de l'article L. 45-9 du Code des postes et des communications électroniques qui obligent le gestionnaire du domaine public routier à délivrer des autorisations à des exploitants de communications électroniques – la personne publique n'est pas, à notre sens, tenue de procéder à une mise en concurrence préalable et peut directement délivrer les titres aux personnes concernées.

■ L'exécution d'un marché public suppose un titre d'autorisation du domaine public : dois-je tout de même organiser une publicité et une mise en concurrence ?

Non, lorsque la délivrance du titre d'occupation du domaine public s'inscrit dans une opération donnant lieu à une procédure de mise en concurrence similaire à celle prévue pour la délivrance du titre d'occupation ou dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une pro-

cédures de sélection, alors la personne publique n'est pas tenue d'organiser une nouvelle mise en concurrence pour délivrer le titre d'occupation. Ce sera notamment le cas lorsque ce titre est conféré par un contrat de la commande publique. En pratique, on recommandera aux personnes publiques d'identifier si l'exécution d'un marché public ou contrat public nécessite la délivrance d'un titre d'autorisation du domaine public et, le cas échéant, de faire référence à la passation de ce marché ou contrat public – quand leur conclusion a nécessité une mise en concurrence – lors de la délivrance de l'autorisation d'occupation du domaine public pour justifier des dérogations précitées.

■ En cas d'urgence, que puis-je faire ?

L'urgence peut constituer une exonération aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le critère de l'urgence n'a pas été précisé par les textes ou la jurisprudence et on recommandera de s'inspirer de la jurisprudence relative à l'urgence en matière de marchés publics. Ainsi, l'urgence doit répondre à deux conditions cumulatives. En premier lieu, l'urgence doit être impérieuse, autrement dit incompatible avec les délais exigés par les procédures formalisées. En second lieu, l'urgence doit résulter de circonstances imprévisibles et ne doit pas être imputable à la personne publique. Lorsque ces deux conditions cumulatives sont réunies, la personne publique pourra délivrer un titre d'occupation de son domaine public pour une durée n'excédant pas un an.

■ Pour délivrer une autorisation d'occupation du domaine public de courte durée, dois-je procéder à une mise en concurrence ?

Non, l'article L. 2122-1-1 du CGPPP

prévoit que lorsque l'occupation ou l'utilisation conférée est de courte durée pour l'exploitation d'une activité économique, le propriétaire ou le gestionnaire du domaine mis à disposition n'est tenu 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.

Ni l'ordonnance, ni la jurisprudence ne donnent de précisions sur la durée exacte de cette « courte durée » mais, au regard des dispositions relatives à l'urgence (cf. question précédente) il apparaît que cette durée doit, en tout état de cause, être inférieure à un an. À titre d'exemple, il peut être possible de délivrer, après une simple publicité, des titres d'occupation pour l'exploitation d'activités économiques de vide-greniers.

■ Pour délivrer une autorisation à une autre personne publique, puis-je contracter directement sans procéder à une mise en concurrence ?

Le principe demeure celui d'une mise en concurrence, même si l'autorisation est délivrée au profit d'une autre personne publique. Toutefois, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a prévu une exception similaire à celle du « in-house » propre aux marchés publics : lorsque le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité propriétaire ou gestionnaire du domaine, aucune mise en concurrence n'est obligatoire.

■ Quelles sont les modalités de publicité et mise en concurrence pour la délivrance d'une autorisation d'occupation ?

Les formalités de publicité et de

mise en concurrence pour la délivrance d'une autorisation d'occupation sont plus souples et moins formelles que celles pour la passation de marchés publics. L'article L. 2122-1-1 du CGPPP dispose uniquement 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 ».

On recommandera aux personnes publiques de procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence proportionnées à l'intérêt économique qui est susceptible de découler du domaine mis à disposition. Ainsi, plus l'activité économique du titulaire envisagée est importante, plus les mesures précitées devront être formelles et se rapprocher d'un appel d'offres classique (publicité au JOUE et au BOAMP, etc.). A contrario, pour la mise à disposition de domaines présentant un intérêt économique faible, des mesures allégées pourront être mises en œuvre (publication dans un journal local, procédure adaptée avec négociation, etc.). ●

Raisonner en trois étapes

Dans le cadre de la mise à disposition de leur domaine public, on préconisera aux personnes publiques de raisonner en trois étapes en se demandant d'abord si le domaine intéressé relève du domaine public puis, le cas échéant, si son occupation permet l'exercice d'une activité économique et dans l'affirmative si la mise à disposition ne peut tomber dans le champ d'une des exceptions prévues par le CGPPP et dont certaines ont été exposées dans le présent article.