



VICTORIA GOACHET,
avocate, cabinet Seban
et associés



LOUIS MALBÊTE,
avocat, cabinet Seban
et associés

Jurisprudence constante
Longtemps, le Conseil d'Etat a jugé que l'octroi des titres d'occupation du domaine public et, a fortiori, du domaine privé, ne devait pas faire l'objet d'une mise en concurrence.

Revirement
La décision du 2 décembre 2022 rendue par le Conseil d'Etat permet la conclusion de gré à gré de la plupart des titres d'occupation du domaine privé.

Prudence
Cette décision doit toutefois être maniée avec prudence, parce qu'une obligation de publicité et de mise en concurrence pourrait demeurer nécessaire dans certains cas.

conclusion de gré à gré des titres d'occupation (bail commercial, bail emphytéotique, bail à construction...) aurait pu continuer à être la règle. C'était toutefois faire abstraction de la circonstance que l'ordonnance du 19 avril 2017 a, pour l'essentiel, été adoptée à la suite d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (5) prise au regard de la directive « services » (6).

Or, par cette décision, la CJUE a considéré que les conventions ayant pour objet de permettre à un opérateur économique d'occuper un bien public peuvent « être qualifiées d'autorisations, au sens des dispositions de la directive 2006/123, en ce qu'elles constituent des actes formels, quelle que soit leur qualification en droit national, devant être obtenus par les prestataires auprès des autorités nationales, afin de pouvoir exercer leur activité économique ». Et elle en a déduit que « l'octroi d'autorisations, lorsque leur nombre est limité en raison de la rareté des ressources naturelles, doit être soumis à une procédure de sélection entre les candidats potentiels, laquelle doit répondre à toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment de publicité adéquate ».

Et, dans la mesure où le droit européen ne connaît pas la distinction entre domaine public et privé, il était permis de s'interroger sur l'obligation de tout de même faire précéder l'attribution d'un titre portant sur le domaine privé d'une mise en concurrence, malgré l'absence de textes.

DES DOCTRINES DIVERGENTES

Si quelques auteurs se sont positionnés en faveur d'une interprétation stricte des textes nationaux (7), et donc de l'absence d'obligation de mise en concurrence, la plupart d'entre eux ont considéré, précisément à raison de ce que le droit européen fait fi de la distinction française entre domaine public et domaine privé, que la conclusion de contrats d'occupation du domaine privé devait (aussi) être précédée d'une mise en concurrence dès lors qu'elle visait à permettre une exploitation économique (8). C'est d'ailleurs à cette dernière position que se ralliait la doctrine administrative, par la voix de deux réponses ministérielles (9).

Le débat a été porté devant les juridictions, tant administratives que judiciaires, qui se sont prononcées en des termes

Domaine privé Conclusion des titres d'occupation : la liberté retrouvée ?

Mettant un terme aux débats doctrinaux et aux interrogations que suscitaient les décisions rendues par les juridictions administratives du fond, le Conseil d'Etat a jugé que l'octroi des titres d'occupation du domaine privé n'a pas à être précédé de mesures de publicité et de sélection préalable (1).

Cette décision était attendue par l'ensemble des acteurs publics qui, par précaution, mettaient le plus souvent en concurrence la conclusion de leurs titres lorsqu'ils renfermaient de forts enjeux de valorisation. Si cette décision leur apporte indéniablement un peu de sérénité, le principe étant désormais la liberté, la prudence reste de mise et la solution ne devrait sans doute pas être appliquée sans nuance, de manière automatique.

UNE EXISTENCE DÉBATTUE

AUX ORIGINES DES DISCUSSIONS

Le Conseil d'Etat a longtemps jugé que l'octroi des titres d'occupation du domaine public et, a fortiori, du domaine privé, ne devait pas faire l'objet d'une mise en concurrence (2). Cette position, maintes fois réaffirmée, a toutefois été balayée par l'ordonnance du 19 avril 2017 (3) qui a expressément introduit une obligation de « publicité et sélection préalable » dès lors que le titre est octroyé « en vue d'une exploitation économique » (4). Mais, contrairement à ce que le rapport au président laissait à penser, cette ordonnance ne concernait en définitive que les dépendances

du domaine public.

Le débat aurait donc pu s'arrêter là : faute de texte portant sur le domaine privé, la



Comme le droit européen ne connaît pas la distinction entre domaine public et privé, l'obligation d'une mise en concurrence pour l'attribution d'un titre portant sur le domaine privé restait en suspens.

RÉFÉRENCES

- Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.
- Directive 206/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

divergents ne permettant pas de clôturer le débat. Une seule juridiction judiciaire s'est prononcée sur le sujet (10) et a considéré que la directive «services» faisait obstacle au renouvellement d'un bail commercial conclu sur le domaine privé. Les juridictions administratives ont pour leur part tour à tour refusé ou accepté de faire application de la directive «services», mais ont toujours considéré, dans cette dernière hypothèse, que la dépendance n'était pas rare, de sorte qu'aucune obligation de mise en concurrence ne s'imposait (11).

C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat a jugé qu'il ne ressortait «ni des termes de cette directive ni de la jurisprudence de la Cour de justice que de telles obligations s'appliqueraient aux personnes publiques préalablement à la conclusion de baux portant sur des biens appartenant à leur domaine privé, qui ne constituent pas une autorisation pour l'accès à une activité de service ou à son exercice au sens du 6) de l'article 4 de cette même directive».

L'assertion est limpide: il n'existerait aucune obligation de publicité et de sélection au titre du droit européen. Les propriétaires publics pourraient ainsi être tentés de ne plus procéder à aucune mesure de mise en concurrence lorsque le titre porte sur le domaine privé. Une telle façon de faire appelle toutefois clairement la réserve, car la décision a été rendue par le juge administratif qui n'est pas le juge naturel du domaine privé, et parce qu'il n'est pas certain que la CJUE, si elle devait

être saisie, se prononce dans le même sens. Au-delà, une obligation pourrait perdurer dans certains cas.

UNE LIBERTÉ DE PRINCIPE SANS DOUTE À NUANCER

DÉCLASSER POUR CONTOURNER L'OBLIGATION DE MISE EN CONCURRENCE ?

Une interprétation littérale de cette décision pourrait conduire à penser qu'il suffit de déclasser un bien du domaine public, lorsqu'il n'est plus affecté à l'utilité publique, pour permettre la conclusion d'un contrat d'occupation sans aucune publicité ni sélection préalable.

Séduisante au premier regard, cette solution devra être maniée avec la plus grande prudence, parce qu'il ne peut alors être exclu qu'une juridiction du fond entende sanctionner une forme de contournement de l'obligation de publicité et de sélection préalable prévue par le code général de la propriété des personnes publiques applicable au domaine public, qui aurait donc dû, en l'absence de déclassement, être mise en œuvre.

LE MAINTIEN D'UNE OBLIGATION DANS CERTAINES HYPOTHÈSES ?

La nuance est permise à l'aune des conclusions rendues sous la décision du Conseil d'Etat; conclusions qui distinguaient le comportement de la personne publique sur le domaine public (pouvoirs exorbitants) et sur le domaine privé (propriétaire «lambda»), le premier justifiant l'existence d'une «autorisation» au sens de la directive, et donc une mise en concurrence, le second l'excluant.

Or le rapporteur public reconnaissait que la frontière entre les deux pouvait être poreuse, indiquant ainsi qu'il «pourra exister des hypothèses où, même sur [le domaine privé], la personne publique fera

usage de prérogatives de puissance publique dans l'octroi d'un bail ou d'une autorisation, qui pourra faire entrer ceux-ci dans le champ de l'article 12» (12). On pense notamment aux baux emphytéotiques administratifs qui, bien que conclus sur le domaine privé, renferment de nombreuses clauses exorbitantes de droit commun.

Dit autrement, ce ne serait pas tant la nature du domaine qui importerait, mais les pouvoirs qui sont exercés dessus par la personne publique; critère qui réintroduit fatalement une part d'incertitude. Il faudrait en effet considérer que dès lors que la personne publique entend se prévaloir de pouvoirs exorbitants du droit commun sur le domaine privé, l'obligation de publicité et de sélection préalable doit être réintroduite, ce qui neutralise pour une part la portée de la décision du Conseil d'Etat. ●

(1) CE, 2 décembre 2022, req. n° 460100.
 (2) CE, 3 décembre 2010, req. n° 338272.
 (3) Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.
 (4) Code général de la propriété des personnes publiques, art. L.2122-1-1.
 (5) CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14.
 (6) Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006.
 (7) C. Emery, «Domaine privé et mise en concurrence: quand

le ministre se trompe», JCP A, 2019, n° 2081; N. Foulquier, «Pas de procédure de sélection pour la location du domaine privé», RDI 2022, p. 171.
 (8) R. Noguellou, «L'attribution des autorisations domaniales: feu l'arrêt Jean-Bouin...», AJDA 2016, p. 2176; G. Clamour, «Une nouvelle donne pour l'occupation domaniale», Contrats et marchés publics, mai 2017; C. Maugué et P. Terneyre, «Ordonnance domaniale, un bel effort pour la modernisation du CGPPP», AJDA 2017, p. 1606.

(9) Rép. min. à la question de Jean-Luc Fugit, n° 12868, JO de l'Assemblée nationale, 29 janvier 2019; rép. min. à la question de Jean Louis Masson, n° 16130, JO du Sénat du 10 septembre 2020.
 (10) Tribunal judiciaire de Mans, 19 août 2021, aff. n° 20/00813.
 (11) CAA de Lyon, 22 octobre 2020, req. n° 0181LY04739; CAA de Bordeaux, 2 novembre 2021, req. n° 19BX03590.
 (12) CE, 2 décembre 2022, req. n° 460100, conclusions de C. Raquin.