



LA LIBRE CONCLUSION DES TITRES D'OCCUPATION DU DOMAINE PRIVÉ

Par Astrid Boullault, avocate au Cabinet Seban & Associés

Alors que depuis la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 juillet 2016 (Promoimpresa, C-458/14), le vent poussait nettement vers une mise en concurrence des titres d'occupation du domaine privé des personnes publiques, le Conseil d'État a tout récemment mis un coup d'arrêt au mouvement en considérant que ces titres peuvent être conclus librement par les personnes publiques.

■ Pourquoi la mise en concurrence des titres d'occupation du domaine privé a donné lieu à débat ?

Bien que l'ordonnance du 19 avril 2017, relative à la propriété des personnes publiques, ait introduit une obligation de publicité et de sélection préalable des autorisations d'occupation du domaine public des personnes publiques, dès lors que le titre d'occupation permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public « en vue d'une exploitation économique » (article L. 2122-1-1 du CGPPP), aucun texte national n'impose une procédure de même nature concernant les actes permettant l'occupation du domaine privé des personnes publiques (baux commerciaux, baux de longue durée de type bail emphytéotique, bail à construction...).

Toutefois, il est entendu 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 du 14 juillet 2016 (Promoimpresa, C-458/14), prise au regard de la directive « Services » du 12 décembre 2006.

■ Quelle a été la volonté du juge européen ?

Par cette décision, le juge européen a considéré que les conventions qui ont 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 ».

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 cette décision, tout comme la directive « Services », fait totalement fi des droits nationaux. Elle ne fait notamment aucune distinction entre les deux notions que connaît le droit français, celles de « domaine public » et de « domaine privé ».

La question s'est posée de savoir si l'obligation de publicité et de sélection préalable posée par cette directive ne s'applique pas, malgré l'absence de textes internes, également au domaine privé.

■ Quelles ont été les positions doctrinales, face à cette incertitude ?

La plupart des auteurs se sont rapidement accordés pour dire que, puisque le droit européen ne distingue pas domaine public et domaine privé, il faut appliquer au domaine privé le raisonnement retenu par la Cour de justice de l'Union européenne dans la décision Promoimpresa, et conclure, malgré l'absence de textes internes, à une obligation de publicité et de sélection préalable dès lors qu'une personne publique entend accorder un titre d'occupation de son domaine privé à un occupant pour les besoins d'une activité économique, qui porte sur un

bien qualifié de « ressource rare ». C'est également la position qui a été adoptée par la doctrine administrative à plusieurs reprises (Réponse ministérielle du 29 janvier 2019 publiée au JO de l'Assemblée nationale, p. 861; Réponse ministérielle du 10 septembre 2020, publiée au JO du Sénat, p. 4096).

■ Quelles ont été les premières solutions juridictionnelles ?

Le débat a évidemment été porté devant les juridictions, tant administratives que judiciaires.

Le juge administratif a toujours été réticent à imposer une obligation de publicité et de sélection. Il a évidemment refusé de faire application de l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques au domaine privé (TA de Nantes, 25 août 2020, req. n° 1803663). Et s'il a parfois accepté d'appliquer la directive « Services » au domaine privé sur le principe, il a d'autres fois refusé de le faire.

En tout état de cause, il a chaque fois considéré que les biens concernés ne pouvaient être qualifiés de « ressources rares » au sens de ce texte, si bien qu'aucune obligation de publicité et de sélection préalable n'a jamais été imposée à l'octroi des titres d'occupation dont il avait à connaître (CAA Lyon, 22 octobre 2020, req. n° 018LY04739; CAA Bordeaux, 2 novembre 2021, req. n° 19BX03590).

■ Dans quel sens s'inscrivent les juridictions judiciaires ?

Les décisions des juridictions judiciaires sont nettement moins nombreuses : un seul jugement est communément cité sur le sujet. Mais il a, au contraire du juge administratif, jugé que la directive « Services », et les obligations de publicité et de sélection qu'elle renferme, s'oppose au renouvel-

lement d'un bail commercial sur le domaine privé (TJ, Le Mans, 19 août 2021, n° 20/00813).

■ Quel est aujourd'hui l'état du droit ?

C'est le Conseil d'État qui a mis un terme aux hésitations. Par une décision du 2 décembre 2022 (req. n° 460100), il a tranché de manière claire : les titres d'occupation du domaine privé peuvent être librement conclus. Il a ainsi jugé qu'il « ne résulte 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 paragraphe 6 de l'article 4 de cette même directive ».

À la lumière des conclusions du rapporteur public, on comprend que ces titres n'ont pas à faire l'objet de mesures de publicité et de sélection préalables parce qu'ils ne constituent pas des « autorisations » au sens de la directive « Services » : à la différence du domaine public sur lequel les personnes publiques agissent en tant qu'autorités publiques revêtues de prérogatives spécifiques, le domaine privé donne lieu en principe à un comportement des personnes publiques semblable à des personnes privées. Elles agissent ainsi comme tout propriétaire privé, sans prérogatives de puissance publique à cet effet.

En conséquence, elles n'octroient pas « d'autorisation ».

■ Faut-il donc considérer que les titres d'occupation du domaine privé peuvent être librement conclus ?

La prudence commande clairement la réserve, et ce pour plu-

sieurs raisons. Déjà, le fondement retenu par le Conseil d'État peut être discuté.

En effet, si le Conseil d'État semble avoir adopté une décision générale, applicable à tous les titres d'occupation du domaine privé, il reste qu'il est possible d'avoir une lecture plus nuancée des conclusions de son rapporteur public.

À leur lecture, il n'est pas possible d'exclure qu'il existe des cas dans lesquels une personne publique gère son domaine privé non pas comme un simple propriétaire « lambda », mais comme une autorité publique revêtue de prérogatives spécifiques, si bien que lorsqu'elle autorise l'occupation de son domaine privé, elle accorde alors une « autorisation » au sens de la directive « Services », laquelle peut être soumise à des obligations de publicité et de sélection préalables.

De ce point de vue, la conclusion d'un bail emphytéotique administratif sur le domaine privé suscite par exemple la réflexion, puisque la personne publique y dispose de prérogatives exceptionnelles.

Ensuite, il faut souligner que la conclusion émane de l'État du juge administratif, c'est-à-dire d'un juge qui n'est pas « naturellement » en principe celui du domaine privé. Or, le juge judiciaire ne s'est pour l'heure prononcé sur le sujet qu'une seule fois, et dans un sens opposé à celui adopté par le Conseil d'État, en considérant que la directive « Services » s'opposait, dans l'affaire dont il avait à connaître, au renouvellement d'un bail commercial.

Enfin, il faut rappeler que la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur la solution adoptée par le Conseil d'État, ni plus généralement sur la mise en concurrence des titres du domaine privé au regard de la directive « Services », si bien que le sujet demeure fatalement incertain. ●