

Publicité et mise en concurrence des occupations du domaine public

Dans un arrêt du 5 février 2025, le Conseil d'État apporte des précisions importantes sur les obligations de publicité et de sélection préalables dans le cadre de l'attribution d'un titre d'occupation du domaine public. Cet arrêt explicite notamment la notion d'« exploitation économique » et valide pour la première fois le recours à l'exception de « *in house domanial* » pour l'octroi de titres de gré à gré.

Bien que pleinement intégrée dans le paysage juridique de la valorisation des propriétés des personnes publiques, l'obligation d'organiser une procédure de publicité et de sélection préalablement à l'attribution d'un titre d'occupation du domaine public continue de susciter des interrogations quant à sa mise en œuvre effective.

Il est acquis que cette procédure, introduite à l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques par l'ordonnance du 19 avril 2017, doit présenter des garanties d'impartialité et de transparence et comporter des mesures de publicité suffisantes pour permettre aux candidats potentiels de se manifester. Il est vrai aussi que le juge administratif a déjà apporté quelques précisions relatives à cette procédure ou ses exceptions : caractéristiques particulières de la dépendance pour les terrains voisins de ceux accueillant le festival Hellfest^[1] ; absence d'obligation de donner l'identité de l'opérateur qui s'est manifesté dans le cadre d'un appel à manifestation d'intérêt concurrente^[2] ; suffisance de la publicité réalisée sur des supports extérieurs, en ligne et dans un journal, pendant une durée de six semaines^[3]... Il reste toutefois plusieurs points fondamentaux qui attendent un éclairage jurisprudentiel. On pense notamment à l'étendue précise de la notion d'« exploitation économique », à laquelle est subordonnée l'obligation de sélection préalable, ou encore à certaines exceptions à ce principe de mise en concurrence.

Dans une décision du 5 février dernier, le Conseil d'État est venu apporter d'utiles précisions sur ces différents points. Dans cette affaire, l'établissement public du parc national de Port-Cros avait sollicité une autorisation d'occuper temporairement le domaine public maritime

Auteurs

Leïla Sayegh
Victoria Goachet
Avocates à la Cour
Seban et Associés

Références

CE 5 février 2025, Association Sites et Monuments et autre, req. n° 491584

[1] TA Nantes 25 août 2020, req. n° 1803663.

[2] TA Montpellier 29 décembre 2022, req. n° 2102668.

[3] TA Rennes 21 octobre 2022, req. n° 2001743.

afin de créer une zone de mouillages et d'équipements légers dans la passe de Bagaud séparant l'île du même nom et l'île de Port-Cros. Cette autorisation a été accordée par arrêté du 24 mars 2020, arrêté dont la légalité a été contestée par des associations devant le tribunal administratif de Toulon, puis devant la cour administrative d'appel de Marseille, avant de faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Cette décision est l'occasion de revenir sur certains aspects du régime applicable à la passation des titres d'occupation du domaine public.

Une autorisation d'occupation du domaine public accordée « en vue d'une exploitation économique » ?

Rappelons que la procédure de sélection préalable s'applique aux seuls titres d'occupation du domaine public permettant à leur titulaire « d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique », à l'exclusion donc des titres qui ne portent pas sur une activité économique. Il faut sans doute retenir de ces dispositions que tout opérateur (entreprise, association...) qui va générer des recettes grâce au domaine public qu'il est autorisé à occuper et qui peut se placer sur un marché concurrentiel doit être analysé comme exerçant une activité économique sur cette dépendance. Cette notion couvre en effet « tous les cas dans lesquels l'occupant tire des revenus d'une activité économique dès lors que cette activité est exercée sur le domaine public ou grâce à lui »^[4]. Peuvent ainsi être analysées comme de telles activités l'exploitation de terrasses de restaurants sur des trottoirs, l'installation de panneaux photovoltaïques sur des toits de dépendances du domaine public, la construction de résidences étudiantes sur une dépendance du domaine public d'un campus...

Mais la notion d'« exploitation économique » continue toutefois de susciter des interrogations. On pense notamment à certaines autorisations domaniales qui peuvent être délivrées à un opérateur dont l'activité principale n'est pas de nature commerciale mais qui, pour autant, est susceptible de générer des recettes, et ce à titre accessoire : une telle autorisation domaniale doit-elle faire l'objet de mesures de publicité et de sélection préalables ? Dit autrement, doit-on considérer qu'une autorisation est délivrée « en vue d'une exploitation économique » uniquement lorsque l'activité principale du titulaire projetée sur la dépendance est une activité commerciale, ou est ce qu'elle l'est nécessairement à partir du moment où certaines activités sont de nature commerciale, et ce même si elles demeurent accessoires à l'activité principale ? La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de trancher cette question mais cette affaire semble esquisser une ébauche de réponse.

(4) P. Hansen, « Modalités d'attribution des autorisations d'occupation », *JCI Propriétés Publiques*, fasc. 77-50,

La cour administrative d'appel de Marseille, dont l'arrêt^[5] était soumis au contrôle du juge de cassation dans l'espèce commentée, s'est manifestement attachée à rechercher le « but principal » de la mise à disposition du domaine public pour en déduire qu'aucune exploitation économique ne pouvait en l'espèce être caractérisée, et ce alors même que de faibles recettes « accessoires » étaient tout de même dégagées par le titulaire. Le juge relève en effet que la zone de mouillages et d'équipements légers a été créée dans « le but principal de préserver les fonds marins », lequel but ne peut être regardé comme une « exploitation économique » et ce même si l'utilisation des dispositifs d'amarrage la nuit est payante. Les conclusions du rapporteur public étaient plus tranchées encore : « en l'espèce, l'élément essentiel est que la ZMEL a été créée dans le but principal de préserver les fonds marins en limitant et réglementant le mouillage. Cet élément décisif nous conduit à lui seul à considérer que l'autorisation n'a pas été délivrée en vue d'une exploitation économique »^[6]. Il est vrai que le juge administratif pouvait se permettre une certaine liberté d'appréciation de la notion d'« exploitation économique », dans la mesure où il disposait ici, en tout état de cause, de l'exception de « *in house domanial* ». Et le Conseil d'État a d'ailleurs volontairement décidé de ne pas emprunter cette voie : il s'est en effet contenté de s'appuyer sur l'existence d'une situation de « *in house domanial* » pour écarter le moyen tiré de l'absence de procédure de publicité et de sélection préalable, sans se prononcer explicitement sur l'existence (ou non) d'une exploitation économique.

La solution esquissée par la Cour conserve selon nous tout son intérêt. Outre qu'elle n'a donc pas été censurée par le Conseil d'État, elle semble même avoir été validée par le rapporteur public sous cet arrêt, qui suggère que le raisonnement retenu par la cour administrative d'appel aurait en tout état de cause pu être de nature à emporter sa conviction : « Enfin, si l'association requérante conteste, en outre, la première phrase du point 3 de l'arrêt dans laquelle la cour a retenu que l'autorisation litigieuse de créer une ZMEL dans la passe de Bagaud n'avait pas été accordée en vue de l'exercice d'une activité économique, de sorte que l'on n'était même pas dans le champ des obligations de publicité et de mise en concurrence – conclusion à laquelle nous serions prêt à nous ranger – il s'agit là, nous l'avons dit, d'un motif surabondant de l'arrêt attaqué »^[7].

Sans mettre un terme définitif au débat, il semble toutefois possible d'y voir l'ébauche d'un raisonnement distinguant objet principal et prestations accessoires pour qualifier l'existence d'une « exploitation économique » justifiant la mise en œuvre d'une procédure de publicité et de sélection préalable.

[5] CAA Marseille 8 décembre 2023, req. n° 22MA02461.

[6] Concl. O. Guillaumont sur CAA Marseille 8 décembre 2023, req. n° 22MA02461.

[7] Concl. R. Victor sur CE 5 février 2025, req. n° 491584.

La délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public de gré à gré en application de l'exception de « *in house domanial* »

Si cette décision rappelle la possibilité de délivrer un titre d'occupation privative du domaine public à une autre personne publique, c'est aussi – et surtout – l'occasion pour le Conseil d'État de valider pour la première fois le recours à l'exception de « *in house domanial* » pour conclure un titre de gré à gré. Encore rare dans la jurisprudence administrative, cette exception est posée par l'article L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques qui prévoit la possibilité de s'affranchir de cette obligation lorsque « le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente ou à une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit ».

Plusieurs éléments laissaient à penser qu'une interprétation plus souple qu'en matière de commande publique – dont le code consacre une exception à la mise en concurrence en cas de quasi-régie descendante directe^[8] – devait être retenue. Déjà, parce que la procédure applicable en matière domaniale est bien moins encadrée que celle qui gouverne le droit de la commande publique ; la première renvoie à des principes généraux tandis que l'autre renferme plusieurs catégories de procédures, chacune traitée par des dizaines d'articles... Ensuite et surtout, parce que le texte domanial réserve un sort spécifique aux relations entre personnes publiques – comme c'était le cas dans l'espèce commentée – et parce qu'il retient alors les termes de « surveillance directe » de la personne publique gestionnaire, là où le Code de la commande publique exige à l'endroit de toute personne un « contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ». La différence est certaine.

Le Conseil d'État a confirmé la marge de manœuvre plus ample laissée aux propriétaires publics puisqu'il a procédé à son analyse par la voie d'un faisceau d'indices qui apparaît plus souple que celui retenu en matière de commande publique. Il a plus précisément considéré que l'exception de « *in house domanial* » était caractérisée, dans la mesure où l'établissement public du Parc national de Port-Cros est (i) rattaché à l'Office français de la biodiversité, (ii) qu'il est placé sous la tutelle du ministre chargé de la protection de la nature, (iii) qu'il est dirigé par un directeur nommé par ce ministre et (iv) que le contrôle de l'État s'exerce par le biais d'un « commissaire du Gouvernement » qui peut notamment faire opposition aux délibérations de son conseil d'administration. Il en conclut que le parc national de Port-Cros doit être regardé comme un établissement public administratif placé sous la tutelle et la surveillance directe de l'État, si bien qu'un titre d'occupation du domaine public peut lui être octroyé sans procédure de publicité et de

sélection préalable. Logique en apparence, cette façon de voir suscite toutefois la réflexion en considération du principe d'autonomie de gestion des établissements publics qui prévaut en principe^[9].

Une dispense de publicité et de sélection préalable exclusive de toute autre forme de mise en concurrence domaniale

Enfin, le Conseil d'État vient ici (logiquement encore) juger que « lorsque le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente, ni la procédure prévue à l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, ni l'exigence de publicité prévue à l'article L. 2122-1-4 du même code ne sont applicables ». Dit autrement, le Conseil d'État rappelle que l'existence d'une situation de « *in house domanial* » dispense le gestionnaire d'organiser une quelconque mesure de publicité, qu'elle soit « classique » ou « simplifiée ».

Il faut en effet rappeler que le Code général de la propriété des personnes publiques prévoit la possibilité de mettre en œuvre une procédure de publicité simplifiée, et ce notamment en cas de manifestation spontanée d'intérêt. En clair, il s'agit pour la personne publique gestionnaire de lancer un avis de publicité « minimal » en considération de ce qu'un opérateur aura proposé d'occuper une dépendance donnée. Et s'il n'est pas d'autres opérateurs qui se manifestent pour porter un (autre) projet (de même nature), la personne publique pourra témoigner de ce qu'il n'est pas d'appétit concurrent. Mais si la publicité devait susciter effectivement d'autres candidatures, la personne publique gestionnaire serait alors contrainte de lancer une procédure en bonne et due forme pour « départager » les différents candidats^[10].

Dans la décision commentée, l'association requérante se prévalait de ce que l'existence d'une exception de « *in house domanial* », si elle était effectivement de nature à dispenser l'État de mettre en œuvre une procédure de sélection préalable « classique », ne lui permettait en revanche pas de déroger à l'obligation de procéder à une publicité suffisante afin de s'assurer de l'absence de manifestation d'intérêt concurrente. Cette critique est en réalité paradoxale : cette façon de voir reviendrait à vider entièrement de son sens l'existence même des exceptions prévues par le code général de la propriété des personnes publiques. Comme le souligne

[9] C. Roux, « Mise en concurrence des titres d'occupations domaniaux », *JCI Propriétés publiques*, fasc. 514.

[10] P. Hansen, « Actualité : réforme du code général de la propriété des personnes publiques », *Jurisclasseur Contrats et Marchés publics*, fasc. 3 ; T. Rombauts-Chabrol, « Occupation du domaine public et mise en concurrence : focus sur la procédure simplifiée », *AJCT* 2017, p. 486 ; H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, Cours, 3^e ed. 2022.

[8] CCP, art. L. 2511-1.

le rapporteur public, l'illustration la plus parlante est l'exception prévue au 1^o de l'article L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques qui dispense d'organiser une procédure de publicité et de sélection préalable lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause. Il serait en effet dépourvu de sens, en présence d'une manifestation d'intérêt spontanée émanant d'un restaurateur souhaitant exploiter une terrasse attenante à son établissement, d'imposer la publicité prévue à l'article L. 2122-1-4, dès lors qu'aucune mise en concurrence n'est envisageable : nul autre que ce restaurateur ne peut utilement prétendre à l'occupation du domaine en cause.

Partant, le Conseil d'État confirme que l'exception de « *in house domanial* » – et incidemment toutes les exceptions prévues L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques – dispense systématiquement et automatiquement le propriétaire public de toute mesure de publicité préalable, qu'elle soit « classique » ou « simplifiée ».

Bien que logique et peu surprenante, cette décision a le mérite de confirmer l'interprétation retenue par les personnes publiques depuis l'introduction de la procédure de sélection préalable en droit français. C'est également l'une des rares décisions rendues par le Conseil d'État en la matière.