



## Contrats publics

### Occupations domaniales: la fin du gré à gré

Une ordonnance prévue par la loi Sapin 2 vient imposer, au 1<sup>er</sup> juillet prochain, des obligations de publicité et/ou de mise en concurrence.

Par **Hervé Letellier**, avocat associé, Selar|Symchowicz-Weissberg & Associés

Revenant sur un principe bien établi, la jurisprudence européenne puis la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite «Sapin 2») et, enfin, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 (relative à la propriété des personnes publiques) sont progressivement venues encadrer la conclusion des conventions d'occupation du domaine public. A titre d'exemples, ces conventions peuvent porter sur l'occupation privative du domaine public appartenant aux parcs de stationnement ou de trottoirs pour l'installation de terrasses de cafés, sur l'affichage publicitaire sur les palissades des chantiers installées sur le domaine public, etc. Voici le point sur les règles désormais applicables à la passation de ce type de contrat.

#### L'exclusion initiale de toute contrainte de publicité et de mise en concurrence

Tranchant un débat doctrinal et jurisprudentiel assez mouvant, le Conseil d'Etat avait, il y a quelques années, réglé, on le pensait définitivement, la question des contraintes procédurales applicables en la matière. Par une décision de principe

« Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin » (1), confirmée par la suite (2), la Haute Juridiction avait en effet considéré que, faute d'obligations textuelles, la conclusion des conventions domaniales - pour peu, évidemment, que celles-ci ne se rattachent pas à un contrat de la commande publique - était exonérée de toute obligation préalable de publicité et de mise en concurrence.

Sauf hypothèse particulière où le gestionnaire du domaine décidait de mettre en place une procédure *ad hoc*, avec l'objectif d'assurer une égalité entre opérateurs économiques et d'optimiser la valorisation de son domaine, les contrats en question pouvaient donc être conclus de gré à gré.

#### L'évolution de la jurisprudence communautaire

Cette position était toutefois discutable au regard du droit de l'Union européenne. En effet, l'article 12 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur impose le respect d'une procédure préalable transparente dans l'hypothèse où « le nombre d'autorisations disponibles

pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables».

*De facto*, certaines conventions d'occupation domaniale pouvaient donc être concernées, ce qu'a d'ailleurs confirmé la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en considérant que ces contraintes procédurales étaient susceptibles de s'appliquer à des conventions d'occupation du domaine public maritime (CJUE, 14 juillet 2016, «Promoimpresa Srl», aff. C-458/14).

Rapportée au droit français des titres d'occupation privative du domaine public - qui tendent à satisfaire les besoins de l'occupant et dont le nombre n'est pas infini sur un espace donné -, cette jurisprudence de la CJUE présuppose donc que les autorités publiques domaniales ne peuvent plus forcément confier la gestion de leur domaine sans avoir au préalable organisé une procédure transparente pour sensibiliser les candidats potentiels (3).

### La concrétisation législative

Préfigurant la fin de cette contradiction potentielle entre droit de l'Union et jurisprudence nationale, l'article 34 de la loi Sapin 2 avait annoncé l'adaptation des règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables à certaines autorisations d'occupation. Ce que concrétise l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, notamment codifiée aux articles L. 2122-1-1 à L. 2122-1-4 du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P).

**Publicité et/ou mise en concurrence.** Aux termes de cette ordonnance, les titres délivrés à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017, dès lors qu'ils permettent au titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, devront désormais (article L. 2122-1-1 du CG3P) :

- lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, faire l'objet d'une publicité préalable - sans mise en concurrence *stricto sensu* - « de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution » ;

- dans les autres cas, faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, dont l'autorité gestionnaire définit librement les caractéristiques - sous réserve que cette procédure présente toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comporte des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester.

**Dérogations.** Ces contraintes de publicité et/ou de mise en concurrence ne sont toutefois pas applicables (art. L. 2122-1-2 et L. 2122-1-3 du CG3P) :

- lorsque la délivrance du titre s'insère dans une opération donnant déjà lieu à une procédure de publicité et de mise en concurrence ;

- lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection ;

- lorsque l'urgence le justifie, auquel cas la durée du titre est limitée à un an ;

- lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante, sans que sa durée totale ne puisse excéder celle prévue à l'article L. 2122-2 ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente ;

- lorsque l'organisation de la procédure de publicité et de mise en concurrence s'avère impossible ou non justifiée, et sous réserve de rendre publiques les considérations de droit et de fait ayant conduit à se fonder sur cette exception ce qui peut être le cas, notamment :

- lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ;
- 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 ;
- lorsqu'une première procédure de sélection s'est révélée infructueuse ou qu'une publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent est demeurée sans réponse ;
- lorsque les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée ;
- ou lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient. ●

(1) CE, 3 décembre 2010, « Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin », n° 338272 et 338527.

(2) CE, 15 mai 2013, « Ville de Paris c. CBS Outdoor », n° 364593 ; voir aussi, pour des conventions d'occupation du domaine public portuaire : CE, 8 juin 2011, « Port autonome de Marseille », n° 318010 ; CAA Marseille, 26 novembre 2013, « SARL Port Camargue Plaisance Service », n° 11MA01387.

(3) Philippe Terneyre, BJCP, n° 110, p. 37.

### Ce qu'il faut retenir

► La jurisprudence du Conseil d'Etat exonérait jusqu'alors la conclusion des conventions domaniales - pour peu que celles-ci ne se rattachent pas à un contrat de la commande publique - de toute obligation de publicité ou de mise en concurrence. Une position qui s'avérait toutefois discutable au regard du droit de l'Union européenne.

► L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, prise en vertu de la loi Sapin 2, est venue remédier à cette contradiction.

► Les titres délivrés à compter du 1<sup>er</sup> juillet, dès lors qu'ils permettent au titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, devront désormais faire l'objet d'une publicité et/ou d'une mise en concurrence préalables. Des dérogations sont prévues : titre conféré par un contrat de la commande publique, urgence, mise en concurrence impossible...