



**HAL**  
open science

**La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public. Commentaire de l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, Dr. adm., 2017, Étude 10.**

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public. Commentaire de l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, Dr. adm., 2017, Étude 10.. Droit administratif, 2017. hal-01673412

**HAL Id: hal-01673412**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01673412v1>**

Submitted on 17 Mar 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# **La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public**

## **Commentaire de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques**

*Dr. adm.* 2017, étude 10

Etude par Christophe ROUX professeur de droit public - université Lumière – Lyon 2 - droits, contrats et territoires (EA 4573)

**Annoncée par la loi Sapin II et attendue depuis longtemps par la doctrine, l'ordonnance du 19 avril 2017 vient enfin consacrer, préalablement à la délivrance des titres d'occupation du domaine public, une obligation « ad hoc » de transparence, assortie toutefois de nombreuses dérogations. Par-delà les novations qu'elle comporte, l'ordonnance suscite également en toile de fond une réflexion plus large sur les mutations du droit domanial et du droit des contrats publics.**

1. - Le droit domanial possède, paraît-il, « le don d'exciter l'esprit des juristes »<sup>Note 1</sup>. Quoique l'assertion soit sans doute un brin excessive, et que l'époque ne soit probablement plus très propice à la disputatio, force est de constater que le droit domanial a probablement conservé cette faculté dans la période contemporaine. C'est en tout cas ce dont peut témoigner le thème de la publicité et de la mise en concurrence des titres d'occupation domaniale, lequel aura mobilisé la plume critique de nombreux auteurs<sup>Note 2</sup>, échaudés par la conjugaison du mutisme législatif et de l'immobilisme jurisprudentiel sur cette question. L'on rappellera à cet égard que le juge administratif s'en est longtemps tenu au principe selon lequel la délivrance des titres d'occupation du domaine public n'avait pas à être précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence préalable<sup>Note 3</sup>. Alors que, déjà, une partie de la doctrine appelait à une inflexion du dogme<sup>Note 4</sup>, le Code général de la propriété des personnes publiques n'avait pas fait bouger les lignes. Assourdissant par son silence, le code avait alors nourri les « espoir(s) déçu(s) »<sup>Note 5</sup> de la doctrine ; les attentes s'étaient alors logiquement déportées vers le juge administratif : en vain. Malgré quelques soubresauts des juridictions inférieures<sup>Note 6</sup>, certaines jurisprudences plus constructives<sup>Note 7</sup> ou, encore, un appel du pied marqué du Conseil de la concurrence<sup>Note 8</sup>, voire, itérativement, du Conseil d'État lui-même<sup>Note 9</sup>, le législateur n'avait pas cillé tandis que, au contentieux, la Haute juridiction administrative avait brisé net la « tendance lourde »<sup>Note 10</sup> qui se profilait pourtant alors en faveur d'une telle reconnaissance, via son arrêt Jean Bouin<sup>Note 11</sup>.

2. - Sans jamais désarmer la doctrine, ces silences et démentis successifs sommairement retracés eurent plutôt l'effet inverse : la galvaniser, en mettant à jour la pluralité des facteurs incitatifs à la reconnaissance d'une telle évolution<sup>Note 12</sup>. Certains avaient pointé les attaches entre la délivrance des autorisations domaniales et le droit de la commande publique, qu'il s'agisse de relativiser la distinction entre l'offre et la commande publiques ou de relever la finalité convergente de protection des deniers publics<sup>Note 13</sup>. D'autres s'étaient tournés vers le droit de la concurrence, en estimant que la dévolution des titres domaniaux est susceptible de perturber le fonctionnement normal des marchés concurrentiels, en conférant à l'occupant un avantage économique manifeste<sup>Note 14</sup>. On s'était encore essayé, dans le sillage d'une jurisprudence ancienne<sup>Note 15</sup> et, convenons-en, assez isolée, à convoquer en la matière les principes issus de la jurisprudence *Telaustria*<sup>Note 16</sup> et, ce faisant, à faire appel au droit de primauté de l'Union européenne qui directement la faisait découler<sup>Note 17</sup>. À la croisée de ces facteurs, c'est sous l'influence du droit de l'Union européenne que le droit français devait bientôt infléchir une position qui avait pris, au fil du temps, des allures de « chant du cygne ».

3. - L'affaire était entendue depuis quelques temps ; l'histoire retiendra que, paradoxalement, c'est au moment où les titres d'occupation domaniale ont été distraits des contrats de la commande publique que des obligations procédurales idoines leur sont pourtant imposées. Par son article 101, l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics avait en effet déjà considérablement entamé la portée de la jurisprudence antérieure, en retenant qu'une « autorisation d'occupation temporaire ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public , avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation (...) ». C'était ici revenir sur l'élément au fond le plus décrié de la jurisprudence antérieure, laquelle autorisait, encore récemment d'ailleurs<sup>Note 18</sup> , à ce que des titres d'occupation domaniale abritent en leur sein une commande publique à peine voilée, ceci au prix d'un dévoiement de leur objet. L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux concessions devait poursuivre ce mouvement en substituant la neutre notion de « services » à celle, savamment instrumentalisée en droit domanial, de « service public », ruinant dès lors les velléités d'éviction du droit de la commande publique. Ces saillies enfin étêtées, restaient toutefois à se préoccuper de l'édifice principal, et donc du sort qu'il convenait de réserver aux autorisations domaniales dites « sèches ». Comme l'on devait s'y attendre, c'est du droit de l'Union européenne qu'est venu le coup de grâce. Par son arrêt *Promoiimpresa* du 14 juillet 2016<sup>Note 19</sup> , la Cour de justice de l'Union européenne a en effet considéré que les titres d'occupation domaniale relèvent d'un « régime d'autorisation », défini par la directive « services » 2006/123/CE du 12 décembre 2006<sup>Note 20</sup> comme « toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice » ; cette analogie opérée, elle a estimé que la délivrance et/ou le renouvellement de ces titres, dès lors qu'ils sont en nombre limité au regard des « ressources naturelles » ou des « capacités techniques » domaniales, devaient 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 ». Encerclé, le droit français ne pouvait plus tenir face à ces assauts successifs : c'est dès lors logiquement que l'ordonnance du 19 avril 2017 <sup>Note 21</sup> – annoncée par la loi Sapin II <sup>Note 22</sup> – a enfin consacré l'obligation de prévoir, en amont de la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public, une telle obligation de transparence.

4. - Disons-le sans ambages : il y a tout lieu de se satisfaire d'une telle évolution. Non pas, d'abord, parce qu'il faudrait se draper en thuriféraire de l'obligation de mise en concurrence ; plus sûrement, et tout simplement, parce que la logique juridique le commandait, tout autant que l'ardente nécessité de mise en conformité avec le droit de l'Union européenne. À cet égard, si l'on a pu louer la concordance temporelle entre la récente ordonnance et la jurisprudence *Promoiimpresa*<sup>Note 23</sup> , il ne faudra certainement pas oublier que l'alignement tardif des planètes doit moins à un phénomène physique inexplicable qu'à la pression – devenue insoutenable – du droit de l'Union européenne, la propriété publique apparaissant, plus que jamais, placée dans son orbite. En passant sous silence, pour le moment, certains écueils, le second motif de satisfaction tient au fait que, sous un angle normatif et technique, l'ordonnance séduit plutôt. Par-delà la rareté de ce type de constat quant à la légistique actuelle, il faut admettre au surplus que l'entreprise n'était pas aisée. On se souvient ainsi que, entre autres (mauvaises ?) raisons pour justifier le statu quo, l'on avait pu évoquer les difficultés pratiques à mettre en œuvre une telle obligation, eu égard à la diversité des occupations, des dépendances domaniales ou des activités y prenant siège. L'exemple du cafetier souhaitant installer trois ou quatre tables sur le domaine public avait été ainsi mobilisé à outrance, devenant probablement aussi célèbre et caricatural que le « plombier polonais » de la directive du 12 novembre 2006 qui vient aujourd'hui fonder une telle avancée. Force est de constater que l'obstacle n'était donc pas aussi dirimant qu'on le prétendait. Le législateur délégué a en tout cas contourné avec une certaine maîtrise l'écueil qui aurait consisté en la consécration d'une « procédure universelle et trop prescriptive »<sup>Note 24</sup> ; enfin, ceci ne gâchant probablement rien, la doctrine pourra percevoir dans le dispositif bon nombre de ses préconisations antérieures, comme au sujet des modalités procédurales retenues par l'ordonnance. En s'appuyant sur la directive 2006/123/CE tout autant que sur la jurisprudence *Telaustria*, celles-ci apparaissent plus souples et nuancées qu'en droit de la commande publique, à tel point que, pour s'en tenir à un terme générique, c'est moins une procédure de publicité et

de mise en concurrence qu'une obligation de transparence dégradée que l'ordonnance entérine ici. C'est dès lors au bénéfice de ces remarques que, pour circonscrire plus aisément les novations de l'ordonnance du 19 avril 2017, l'on étudiera la consécration nuancée de l'obligation de transparence préalable à la dévolution des titres domaniaux (1), avant d'envisager plus globalement les inflexions générées par cette évolution (2).

### **1. La consécration nuancée de l'obligation de transparence**

5. - L'on s'attardera successivement sur le champ matériel de l'obligation de transparence (A), puis sur les modalités procédurales afférentes (B).

#### **A. - Le champ matériel de l'obligation de transparence**

6. - La nouvelle mécanique s'articule essentiellement autour de trois dispositions (CGPPP, art. L. 2122-1-1 à L. 2122-1-3), la première constituant la *lex generalis* en la matière (1°), les deux dernières portant cadre dérogatoire à celle-ci (2°).

##### 1° Approche inclusive

7. - Selon les termes de l'alinéa 1er de l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, « sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, 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 ». En systématisant les choses, il en résulte que le champ matériel de l'obligation de transparence s'articule autour de – seulement – deux variables : le titre doit porter « occupation ou utilisation du domaine public » d'une part ; ces dernières étant réalisées « en vue d'une exploitation économique » d'autre part.

8. - À première vue, le premier critère n'appelle guère de commentaires ; en réalité, c'est en son sein que se cachent à la fois les éléments de réflexion les plus profonds et l'écueil le plus sérieux de la nouvelle ordonnance. Si l'on veut bien laisser pour l'instant de côté cette pierre d'achoppement, l'on peut brièvement s'attarder sur le premier, impliquant que l'on soit en présence de « titres d'occupation ou d'utilisation du domaine public ». De cette formulation épurée résulte dès lors une triple indifférence. En premier lieu, une indifférence quant à la nature du « titre » en question : que ce dernier soit unilatéral ou conventionnel est donc sans incidence, tout comme le fait qu'il soit constitutif ou non de droits réels. Il y a toutes les raisons de s'en satisfaire : on ne voit pas bien en quoi la distinction entre les permis de stationnement et les permissions de voirie aurait pu revêtir un caractère discriminant. Le dispositif visant dans toute sa sobriété le « domaine public », est dès lors tout aussi indifférent à l'affectation ou la consistance de ce dernier : le domaine affecté à un service public autant que celui affecté à l'usage du public est embrassé ; il en va de même « des » domaines publics par détermination de la loi qui s'évadent de la notion d'affectation comme le domaine public maritime, fluvial, hertzien, mais aussi mobilier. En dernier lieu, tant les biens du domaine public de l'État que ceux appartenant aux collectivités territoriales et à leurs groupements ressortent du champ matériel de l'obligation. Nul besoin de s'en extasier normalement... sauf si l'on veut bien rappeler qu'une partie des parlementaires plaident, a minima, en faveur d'un régime assoupli concernant les collectivités territoriales, la loi d'habilitation leur ayant laissé quelques espoirs en ce sens. Inutile de dire que si cette exclusion avait prospéré, la conventionalité du dispositif aurait été douteuse, la directive 2006/123/CE étant totalement imperméable à cette distinction. On se satisfera ici que le législateur ait privilégié l'unité, là où l'on regrette toujours le maintien de la dichotomie entre État et collectivités territoriales s'agissant du régime des occupations privatives constitutives de droits réels ou, encore, des modalités de cession.

9. - Les motifs de contentement s'arrêtent néanmoins là : sorti d'une approche inclusive, c'est par préterition que le premier élément du champ matériel de l'obligation de transparence mérite la critique, en excluant les biens du domaine privé. Outre que le domaine privé apparaît plus que jamais comme le parent

pauvre du droit de la propriété publique et de son mouvement réformiste, rien, à notre sens, ne justifie une telle exclusion. Certainement pas d'abord le droit de l'Union européenne qui ignore superbement la distinction domaniale. Quoiqu'une logique binaire semble susceptible d'animer le droit de l'Union européenne s'il fallait reconstruire une *summa divisio* euro-compatible, les matrices de distinction des domaines n'y répondent pas à l'heure actuelle<sup>Note 30</sup>. Comme on a pu l'écrire, certes un peu schématiquement, « le droit de l'Union européenne ne connaît que deux catégories de biens : ceux affectés à l'exercice d'une activité économique et ceux qui ne le sont pas »<sup>Note 31</sup>. Autant dire que le second critère permettant de circonscrire l'obligation de transparence (l'occupation « en vue d'une exploitation économique ») aurait, à lui seul, probablement suffi à combler les exigences européennes. L'on ajoutera que la directive du 12 décembre 2006 ne fait nullement référence à une telle exclusion et que, en toutes hypothèses, l'occupation privative du domaine privé répond, autant que celle du domaine public, à un « régime d'autorisation » au sens où l'entend la Cour de justice. Il est certes possible de considérer, in abstracto, que les biens du domaine privé sont davantage substituables que ceux du domaine public ; de même, agréons par commodité que les « capacités techniques » de ce domaine sont peut-être plus amples, ce qui justifierait, à raison du caractère illimité du nombre d'autorisations, l'absence de publicité et de mise en concurrence préalable (V. n° 20)<sup>Note 32</sup>. Reste que si la rareté des titres d'occupation domaniale constitue un critère répartiteur des modalités procédurales exigibles, il n'est aucunement un critère dérogoire au champ matériel de l'obligation de transparence. L'exclusion est enfin difficilement défendable sous l'angle des finalités du « droit de la mise en concurrence » : quoique l'on puisse légitimement en douter, la mise en concurrence constitue un vecteur de valorisation économique ce qui, pour les tenants d'une approche réductrice du domaine privé, serait son essence, sa gestion ressortant du « lucre »<sup>Note 33</sup>. Mutatis mutandis, l'on peine à s'accorder avec l'exclusion, qui s'explique peut-être par l'idée clandestine selon laquelle le domaine privé serait la « propriété privée » des personnes publiques. En résumé, « c'est concevoir, de la personnalité et de l'intérêt publics, une vision discutable »<sup>Note 34</sup>.

10. - Le champ matériel se double toutefois d'un critère réducteur, puisque seuls les titres d'occupation du domaine public « en vue de l'exploitation d'une activité économique » seront compris dans le champ de l'obligation. Sur un plan conceptuel, le choix de cette formulation est significatif : c'est marquer que l'idée « d'habilitation » à l'exercice d'une activité économique a été préférée à celle de « dévolution » d'une activité économique, comme pour mieux symboliser la distanciation avec le droit de la commande publique<sup>Note 35</sup>. Le domaine public est aussi appréhendé comme un médium en vue de l'exercice d'une activité économique, et non comme un « objet » en lui-même d'exploitation économique, signe du découplage – artificiel – entre l'applicabilité et l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes de gestion domaniale. Sur un plan formel, il est possible de regretter (transposition littérale oblige ?) le choix d'une formule un tantinet alambiquée. Pour mieux marquer les liaisons entre droit de la concurrence et droit de la mise en concurrence, l'on aurait pu faire mention de « l'activité de production, de distribution ou de services » sise sur le domaine public, dans le sillage de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de la jurisprudence Société EDAN<sup>Note 36</sup>, laquelle mériterait un bain de jouvence. L'on aurait pu s'attendre également à ce que le contrepied de la jurisprudence Jean Bouin soit privilégié, ce qui aurait conduit le législateur à retenir que l'obligation vaut dès lors que le domaine public est le siège d'une activité économique pour un "opérateur sur un marché concurrentiel". Ce choix aurait eu un parfum de revanche, teinté d'une note de perfidie ; il aurait surtout eu le mérite de relier l'obligation de transparence à la catégorie concurrentielle la plus éprouvée. C'est finalement pour la reprise in extenso de la formulation de l'arrêt *Promoimpresa* qu'il a été opté. Il n'est toutefois nullement certain que cette dernière s'évade réellement du sens des précédentes : si l'on suit la décision de la Cour, l'obligation procédurale vaudra non seulement lorsque l'occupation domaniale conditionne l'exercice d'une activité économique, mais également lorsqu'elle favorise cette dernière, en constituant un avantage économique pour l'occupant.

11. - Reste à savoir comment le juge administratif circonscrira la notion. Par la négative, l'obligation cèdera dès lors que l'occupation n'emporte aucune visée économique, ce qui, par exemple, devrait recouvrir les hypothèses où l'occupation est le fait de particuliers ; malgré la tension patrimoniale les concernant, l'on peut penser aux anneaux ou postes de mouillage dans les ports de plaisance. Toutefois, s'il devait se référer à « l'activité économique », le juge administratif devra certainement se résoudre à emprunter – dans les

grandes lignes au moins – la vision extensive promue par du droit de l'Union européenne, lequel définit la notion comme « toute offre de biens ou de services sur un marché donné »<sup>Note 37</sup>, neutralisant alors le caractère social ou non-lucratif de ces activités, autant que leur mode de prise en charge, par une personne publique ou privée<sup>Note 38</sup>. À n'en pas douter, une telle voie conduirait toutefois à de grandes difficultés pratiques, si l'on veut bien songer aux opérateurs sociaux, culturels, éducatifs ou sportifs qui occupent régulièrement le domaine public et pour lesquels la mise en concurrence n'a guère de sens<sup>Note 39</sup>. C'est précisément la raison pour laquelle des dérogations à cette *lex generalis* ont été prévues ici.

## 2° Approche exclusive

12. - Celle-ci s'ordonne autour des nouveaux articles L. 2122-1-2 et L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques, la pertinence de la scissure entre les deux dispositions n'apparaissant pas, d'ailleurs, frappée du sceau de l'évidence, même si la seconde n'envisage que les hypothèses où la procédure de transparence paraît soit « impossible »<sup>Note 40</sup>, soit « non-justifiée ». Une différence de régime les singularise toutefois puisque, dans les hypothèses d'exclusion visées à l'article L. 2122-1-3, l'autorité compétente devra nécessairement « rendre publique les considérations de fait et de droit l'ayant conduite à ne pas mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L. 2122-1-1 ». Dit autrement, il conviendra là de motiver le recours à ces exclusions, ceci démontrant le développement de l'exigence en droit domanial<sup>Note 41</sup>, autant que le cercle vertueux engendré par l'irradiation du principe de transparence.

13. - Une première série d'exclusions, visée à l'article L. 2122-1-2, pourrait être qualifiée de « procédurale ». Il en ira ainsi lorsque la délivrance du titre « s'insère dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes caractéristiques que la procédure déterminée au 1er alinéa de l'article L. 2122-1-1 ». Devraient dès lors être sanctuarisées les dispositions antérieures qui avaient déjà consacré des obligations procédurales préalables à la délivrance de certains titres d'occupation domaniale, telles que les concessions et sous-traités d'exploitation de plage (CGPPP, art. L. 2124-4), les concessions de cultures marines<sup>Note 42</sup> ou les ressources hertziennes (CPCE, art. L. 42-1). Il semble en revanche douteux que les modalités de délivrance des titres au sein des marchés d'intérêt national, où seule une publicité adéquate est exigible (C. com., art. R. 761-22), soient jugées comparables. Il sera également possible de prolonger un titre existant, sans organiser de nouvelle procédure de sélection, dès lors que cette prolongation s'opère temporellement dans la durée initialement prévue du titre. Dans cette veine procédurale enfin, primauté de la commande publique oblige, l'article L. 2122-1-1 ne sera pas applicable lorsque le titre est « conféré par un contrat de la commande publique », l'attribution de ce dernier emportant désormais, on le sait, délivrance du premier si cela est nécessaire<sup>Note 43</sup>.

14. - Attestant déjà de la rupture pour le moins relative avec les préceptes et concepts de la commande publique, le champ lexical de ce corpus se retrouve encore dans trois exclusions. Il sera en premier lieu possible de s'affranchir de l'obligation de transparence en cas d'urgence (CGPPP, art. L. 2122-1-2, 3°) ; on précisera que, dans cette hypothèse, la durée du titre ne devra toutefois pas excéder un an. En second lieu, l'article L. 2122-1-1 sera écarté lorsque, selon les modalités exigibles, une première procédure de sélection s'est avérée infructueuse ou qu'une « publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent est demeurée sans réponse » (CGPPP, art. L. 2122-1-3, 3°). Enfin, et là se cache sans doute l'exclusion la plus marquante, il sera également envisageable de s'en dispenser, 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 » (CGPPP, art. L. 2122-1-3, 2°). L'on reconnaîtra ici un ersatz d'exception in house laquelle, matinée à la sauce domaniale, poursuit son expansion malgré les difficultés de transposition en la matière relevées parfois<sup>Note 44</sup>. Cohérente d'après nous, cette transposition constitue indéniablement le symbole du maintien des liaisons dangereuses entre le droit de la commande publique et le droit domanial : c'est en effet au prix de quelques libertés avec le cadre classique que l'exception s'acclimate. Il n'y a probablement pas lieu, sur le, fond, de regretter cette souplesse : le domaine public reste d'abord la propriété des personnes publiques et il apparaît somme toute logique de leur faciliter la jouissance des dépendances pour assurer leurs missions ; il aurait été encore incohérent, là où le CGPPP a entendu faciliter la

circulation – largo sensu – des biens entre personnes publiques, d'entailler inutilement cette louable visée gestionnaire. Restent toutefois quelques craintes. D'une part, sauf à confiner à la synonymie, il appartiendra de départir le sens respectif du « contrôle analogue », du « contrôle étroit » et de la « surveillance directe ». Il faudra encore prendre garde à ce que le « contrôle étroit » et la « surveillance directe » de l'occupant ne soient pas caractérisés matériellement, au regard de l'activité prise en charge par l'occupant ; ce serait en effet emprunter une pente glissante, pouvant conduire à déceler dans ce contrôle la présence d'une « commande publique », où l'exception in house n'aurait vocation à prospérer qu'en présence des deux conditions classiques, a priori autrement plus draconiennes<sup>Note 45</sup>. D'autre part, l'opportunité de la distinction entre le sort des personnes publiques (sous « surveillance directe ») et des personnes privées (sous « contrôle étroit ») occupantes paraît discutable sous l'angle du droit de l'Union européenne, peu enclin à se satisfaire des distinctions d'ascendance strictement « organique ». L'on pourra déceler ici un penchant naturel du droit français : « appuyez-vous sur vos principes, ils finiront bientôt par céder »<sup>Note 46</sup>, serait-on tenté d'ajouter.

15. - Reste enfin une dernière salve de dérogations, lesquelles ont trait essentiellement à la spécificité de la dépendance domaniale concernée ou de l'activité envisagée sur le domaine public. C'est au sein de celles-ci que se cache, à n'en pas douter, un « champ des possibles » un peu vertigineux, dont les bornes sont – et seront – délicates à tracer. Il en ira ainsi d'abord « lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance en cause », formulation qui, pour être franc, nous laisse un peu sceptique, nul n'ayant droit – encore et toujours – à l'obtention d'un titre<sup>Note 47</sup>. De même, l'on pourra s'affranchir de procédures transparentes en amont « lorsque les caractéristiques particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation au regard de l'exercice de l'activité économique le justifient ». Résolument évasive et évasée, cette dérogation aura sans doute vocation à accueillir les hypothèses où l'occupation paraît en quelque sorte « évidente » (et, ce faisant, la mise en concurrence absurde) au regard de la configuration des lieux : les terrasses de café ou encore les devantures de magasin devraient donc être dispensées de toutes formalités procédurales par ce biais, là où la doctrine proposait plutôt, à leur sujet, la consécration d'un droit de priorité<sup>Note 48</sup>. Au-delà, l'on peut espérer que cette disposition ne sera pas outrageusement instrumentalisée pour réduire le champ de matériel de l'obligation procédurale. Ceci valant pour cette exception comme la précédente, il ne faudrait pas, par exemple, qu'une vision univoque des caractéristiques de la dépendance, de l'affectation – souvent plurielle en réalité –, ou une circonscription restrictive du marché pertinent conduisent à se servir opportunément de cette dérogation.

16. - Le texte ajoute en dernier lieu qu'il sera loisible de s'affranchir de l'obligation procédurale « lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient ». Là encore, la disposition n'est pas aisée à décoder. S'agissant du premier volet de la proposition, on pourrait l'entendre comme le pendant négatif du champ inclusif de l'obligation, au sens où lorsque le domaine est le siège d'activités d'autorité publique, l'obligation de transparence doit céder. En clair, au sein des bâtiments affectés à l'armée, la justice ou la police par exemple, aucune obligation de publicité et de mise en concurrence préalable ne serait exigible. Quoique, en un sens, plus proche de la dichotomie européenne des biens, cette lecture n'y paraît pas conforme, si l'on veut bien rappeler que la notion « d'autorité publique » a vocation à limiter l'application du droit de la concurrence, non celle du droit de la mise en concurrence. Comprise ainsi, la formule nous apparaît dès lors éminemment trop large ; il faut toutefois admettre que certaines jurisprudences donnent un peu d'épaisseur à cette hypothèse<sup>Note 49</sup>, le texte évoquant par ailleurs formellement les impératifs liés « à l'exercice » de l'autorité publique. Quant aux « considérations de sécurité publique », nul n'ignore que le domaine public, par sa destination même et par la protection spécifique dont il dispose, en est innervé. Il y a alors tout lieu de s'inquiéter de l'invocation potentiellement extensive qui pourrait en être faite.

## **B. - Les modalités procédurales de l'obligation de transparence**

17. - Il conviendra de déterminer la procédure applicable aux différentes hypothèses (1<sup>o</sup>) puis de se pencher sur la question des critères de sélection susceptibles, en la matière, de prospérer (2<sup>o</sup>).

### 1<sup>o</sup> La détermination de la procédure applicable

18. - Le législateur délégué n'a pas souhaité conférer un traitement univoque, au plan procédural, à l'ensemble des autorisations domaniales concernées. Certains éléments modérateurs vont en effet venir tempérer la contrainte exigible, à tel point que, rigoureusement parlant, il convient d'évoquer à ce sujet une obligation de transparence protéiforme davantage qu'une obligation de publicité et de mise en concurrence. Si l'on s'en tient aux modalités de principe, il appartiendra normalement à l'autorité compétente d'organiser « (...) 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 » (CGPPP, art. L. 2111-1-1). Reprise quasi in extenso de l'article 12-1 de la directive 2006/123/CE, délibérément dans les pas de la jurisprudence *Telaustria*, la formule renvoie au choix d'une procédure « libre » et ad hoc que certaines juridictions<sup>Note 50</sup> appelaient de leurs vœux. Il y a en effet toutes les raisons de s'en satisfaire, tant il aurait paru néfaste de décalquer en la matière les règles relatives aux marchés publics ou aux concessions.

19. - La formule frappe toutefois par la référence opérée à une « procédure de sélection », laquelle semble en première lecture s'évader de l'obligation connue de « mise en concurrence ». En pratique toutefois, rien n'y paraît vraiment étranger. Si sélection n'équivaut pas à mise en concurrence, il s'agira par ce biais de garantir l'impartialité de l'autorité domaniale ce qui, de près ou de loin, semble difficilement soluble dans une procédure qui se marginaliserait sensiblement d'une « mise en concurrence ». Vraisemblablement, il appartiendra dès lors aux gestionnaires domaniaux de préciser en amont l'objet de l'autorisation autant que les critères de sélection des candidatures et ou des offres, ceci « selon des modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant »<sup>Note 51</sup>, ajouterait-on. Pour le reste, l'accent est mis sur l'exigence de publicité, laquelle, selon la formule consacrée, devra être « adéquate », c'est-à-dire adaptée là encore à l'objet de l'autorisation mais aussi à l'avantage économique (de l'occupant) et financier (du gestionnaire domanial) en résultant. Quoique l'ordonnance s'écarte du droit de la commande publique, tout laisse à penser que, en cas d'intérêt transfrontalier, une publicité à l'échelle européenne sera, ici comme ailleurs, exigible<sup>Note 52</sup>.

20. - L'ordonnance innove toutefois en procédant, dans certaines hypothèses, à un découplage entre publicité et procédure de sélection. L'alinéa 2 de l'article L. 2122-1-1 énonce en effet que, s'agissant des autorisations de « courte durée » ou « lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité », seule une procédure de publicité préalable « de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution » sera nécessaire. Le nouvel article L. 2122-1-4 reprend également cette exigence, en des termes légèrement distincts, dès lors que la délivrance d'une autorisation domaniale interviendrait à la demande spontanée d'un opérateur, ceci marquant d'ailleurs, a contrario, combien la logique de « commande » n'est pas inconnue en matière domaniale. Reste à savoir comment chacune de ces exceptions sera appréhendée par le juge administratif. Si l'on s'en tient au rapport remis au président de la République, les autorisations de courte durée recouvreraient celles « délivrées quotidiennement par les personnes publiques : manifestations artistiques et culturelles, manifestations d'intérêt local, privatisations temporaires de locaux »<sup>Note 53</sup>. Inutile de dire que le critère de la durée ne devrait pas d'une part, être manié avec trop de largesse et, d'autre part, être édulcoré par des stratégies de renouvellement successifs qui en ruineraient l'économie générale. Pour le reste, l'ordonnance consacre un traitement procédural différencié fondé sur la rareté et, ce faisant, une analyse concurrentielle du domaine public, « propriété foncière soumise à la confrontation de la loi de l'offre (du gestionnaire du domaine public) et de la demande (de l'occupant privatif) et [faisant] l'objet de rapports de force propres à tout marché »<sup>Note 54</sup>. Il appartiendra aux gestionnaires domaniaux de vérifier que la capacité domaniale est dès lors suffisante pour accueillir l'ensemble des demandes, ce qui nécessiterait, selon nous, une circonscription « constructive » du marché pertinent, non pas au regard de l'activité économique projetée par le/les candidats, mais au regard du marché que constitue, elle-même, l'assiette domaniale. Gageons en tout cas que l'attrait procuré par cette formalité procédurale « simplifiée » aura pour effet d'encourager les gestionnaires domaniaux à accorder l'accès « le plus large que possible »<sup>Note 55</sup> aux dépendances domaniales, en limitant leur velléité d'accorder des droits exclusifs<sup>Note 56</sup>.



## 2° La détermination des critères de sélection

21. - L'ordonnance reste discrète au sujet de la finalité que se doivent de poursuivre les « offreurs » domaniaux au travers de cette procédure de sélection. À l'évidence, la référence à « l'offre économiquement la plus avantageuse » n'apparaîtrait pas appropriée, sauf à l'entendre comme intégrant, au-delà des aspects financiers, la maximisation de l'utilité publique. L'ordonnance n'en dit pas davantage s'agissant des critères que les autorités domaniales pourraient valablement prévoir pour guider leur sélection. Par chance, la pratique a déjà donné quelques exemples, la palette apparaissant suffisamment riche pour ne pas entraver outre mesure la liberté de gestion des personnes publiques.

22. - Selon une jurisprudence constante, il appartient en effet à l'autorité en charge de la gestion du domaine public de « fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner la délivrance des titres d'occupation »<sup>Note 57</sup>. Ce faisant, il paraît envisageable, en premier lieu, d'intégrer des critères extra-économiques, lesquels permettraient de tenir compte des différentes facettes de l'intérêt général attachées à la gestion domaniale<sup>Note 58</sup>. Devra faire l'objet d'un examen, dans ce cadre, la question de la conformité ou de la compatibilité de l'occupation. En s'en tenant à quelques exemples concrets, la Ville de Paris met en avant l'esthétique et l'ergonomie de l'occupation, l'intérêt de l'activité commerciale proposée<sup>Note 59</sup>, tout en réservant une place, en amont au professionnalisme et aux capacités financières des candidats<sup>Note 60</sup>. Rien ne s'oppose encore à ce que le titre d'occupation rappelle les exigences de police ou d'entretien. En bref, autant de critères que la jurisprudence relie aux « prérogatives domaniales », sans que – ce qui demeure contestable – leur présence caractérise un contrôle étroit de l'autorité domaniale et, ce faisant, la présence éventuelle d'un service public<sup>Note 61</sup>. En second lieu, des critères financiers pourront tout aussi valablement prospérer : la jurisprudence admet déjà que le gestionnaire domanial négocie avec les candidats le montant de la redevance domaniale<sup>Note 62</sup> ; l'on pourrait encore s'inspirer de l'article R. 129-3 du Code du domaine de l'État qui, au sujet des cessions de biens publics, expose que « les critères de sélection des offres prennent notamment en compte les conditions financières proposées ainsi que les garanties de bonne fin et de solvabilité présentées ».

23. - La marge d'appréciation des gestionnaires domaniaux n'en restera pas moins limitée par quelques lignes directrices. Comme en droit de la commande publique, ces critères ne devront pas leur laisser une liberté inconditionnelle d'appréciation<sup>Note 63</sup>, ceux-ci devant servir à garantir l'égalité des candidats et l'impartialité des procédures<sup>Note 64</sup>, en étant tout à la fois clairs, intelligibles et en lien direct avec l'objet de l'autorisation<sup>Note 65</sup>. C'est d'ailleurs dans cette veine que se situe l'article 10 de la directive « services », énonçant que les critères en vue de l'octroi des autorisations doivent être, cumulativement « non discriminatoires <sup>Note 66</sup> ; justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général ; proportionnels à cet objectif d'intérêt général ; clairs et non ambigus ; objectifs ; rendus publics à l'avance ; transparents et accessibles ». On relèvera sur ce point qu'une réflexion plus large devrait être menée sur le fait de déterminer si, au-delà de l'appropriation publique qui en bénéficie déjà<sup>Note 67</sup>, le régime de la domanialité publique et, ut singuli, les restrictions qui en découlent, peuvent accéder au rang de raisons impérieuses d'intérêt général autorisant à tempérer, ici, le bénéfice de la liberté d'établissement. Si, in abstracto, il n'y a pas lieu d'en douter<sup>Note 68</sup>, l'on sait que, en revanche, in concreto, peu nombreuses sont les raisons impérieuses à passer l'obstacle de la nécessité et de la proportionnalité devant le juge de l'Union. Cet état de fait devrait susciter la vigilance des gestionnaires domaniaux sur l'instrumentalisation de leur pouvoir de gestion dont l'euro-compatibilité ne vaudra que dans ces étroites limites. Quoique ces dernières interrogations soient encore sans réponse, un certain nombre d'entre elles sont en tout cas levées par l'ordonnance du 19 avril 2017, les inflexions de fond générées par celle-ci méritant alors des développements plus substantiels.

## **2. Les inflexions générées par l'obligation de transparence**

24. - À défaut d'excitation, l'attrait suscité par l'ordonnance demeurerait toutefois assez limité si l'on se contentait d'une analyse statique. En prenant un peu de hauteur, que l'on se place sous un prisme domanial (A) ou contractuel (B), l'ordonnance du 19 avril 2017 se révèle riche d'enseignements.

## A. - L'inclinaison du droit domanial

25. - L'ordonnance du 19 avril 2017 atteste, lieu commun s'il en est, de l'expansion très nette de l'obligation de transparence, dans un domaine qui lui fut longtemps rétif. Au-delà de ce constat simpliste, elle semble surtout parachever une certaine « session de rattrapage » du droit positif au sujet des occupations privatives du domaine public, trop éludées lors de l'édition du CGPPP en 2006. S'il est encore un peu tôt pour tirer toutes les conclusions de ce mouvement, l'ordonnance draine en tout cas déjà son lot de mutations collatérales (1°) ; à titre médiat, un certain chaînage vertueux et cohérent semble même en mesure de s'ordonner (2°).

### 1° À titre immédiat

26. - À titre immédiat, l'ordonnance sonne tout d'abord le glas de la jurisprudence Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice<sup>Note 69</sup>, autorisant la délivrance des autorisations domaniales à durée indéterminée. Fondée sur les principes d'inaliénabilité et de précarité, la solution était déjà discutable au regard de l'opposabilité du droit de la concurrence, l'avantage consenti à durée indéterminée pouvant suffire à caractériser un abus de position dominante automatique ou, à tout le moins, une entorse au principe de libre concurrence. Dire que le principe de précarité autorise les gestionnaires à mettre fin aux autorisations domaniales est une chose ; que les gestionnaires en usent en est une autre. La solution était surtout fragile, en cas de novations au sujet de la dévolution transparente des autorisations domaniales, laquelle implique, dans un cercle vertueux, la remise en concurrence périodique et, ce faisant, le caractère originellement limité dans le temps de l'autorisation<sup>Note 70</sup>. Il est admis, à cet égard, que la fixation de la durée d'un contrat permet de sauvegarder l'égalité de traitement autant que la liberté d'accès à la commande publique<sup>Note 71</sup>. La jurisprudence retient encore, y compris en matière domaniale<sup>Note 72</sup>, que la résiliation unilatérale peut valablement se fonder sur la volonté de (re)mettre en concurrence les candidats. L'on ajoutera enfin que, sur un plan concurrentiel, seule la détermination de cette durée permet la mesure de la proportionnalité de l'avantage consenti à l'occupant. Ce faisant, l'actuel article L. 2122-2 du Code général de la propriété des personnes publiques est logiquement complété d'un nouvel alinéa impliquant que la durée du titre soit fixée « de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis, sans pouvoir excéder les limites prévues, le cas échéant, par la loi ». Quoique cette exigence ne vaille que pour les titres ressortant du champ de l'ordonnance, la disposition aura vocation à s'étendre au plus grand nombre, d'autant plus que les titres de courte durée peuvent, rappelons-le, bénéficier d'un formalisme procédural allégé.

27. - La seconde inflexion a, quant à elle, trait à la cessibilité des titres d'occupation domaniale. Démontrant combien le phénomène de patrimonialisation repose à la fois sur un courant alternatif et sur des forces contraires, l'ordonnance vient tempérer les cessions de droits réels emportant transfert d'autorisation domaniale (CGPPP, art. L. 2122-7). Désormais, de tels transferts de droits réels « ne peuvent intervenir lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre s'y oppose », la même limite étant introduite au sujet des baux emphytéotiques administratifs de l'État (CGPPP, art. L. 2341-1) et des collectivités territoriales (CGCT, art. L. 1311-3). L'on notera encore que l'ordonnance n'est curieusement pas revenue sur l'alinéa 2 de l'article L. 2122-7 intégrant le mécanisme de pré-décision domaniale pour la transmissibilité des (seuls) titres du domaine public de l'État constitutif de droits réels<sup>Note 73</sup>. La précision selon laquelle « ces dispositions ne sont pas applicables aux autorisations d'occupation du domaine public qui ont été délivrées après une procédure de publicité et de mise en concurrence » n'a, en effet, pas été amendée, tuant dans l'œuf tout l'intérêt de cette prise de position provoquée. L'omission est d'autant plus dommageable que l'ordonnance prévoit la possibilité de prolonger un titre, en le dispensant de toute formalité préalable, dès lors que cette prolongation n'excède pas la durée initiale prévue. Plus globalement, ces limites interrogent sur le devenir de la jurisprudence Prest'air<sup>Note 74</sup> reconnaissant la cessibilité des titres sous réserve d'acceptation préalable de l'autorité domaniale. À supposer que les règles issues du droit de la commande publique soient applicables en droit domanial, si l'on se réfère à la jurisprudence Pressede<sup>Note 75</sup>, la cessibilité des titres ne saurait en effet

porter préjudice à l'obligation de remise en concurrence périodique. Cette jurisprudence réserve toutefois l'hypothèse où la substitution du titulaire serait prévue dans le contrat initial ; l'ordonnance du 23 juillet 2015 ouvre de son côté des facultés similaires en cours d'exécution des marchés publics Note 76 .

## 2° À titre médiat

28. - C'est enfin de manière prospective que l'impact de l'ordonnance sur le droit domanial se doit d'être esquissé. Nul doute en premier lieu que, en encadrant la sélection des candidats à l'occupation domaniale, le pouvoir quasi-discrétionnaire des gestionnaires domaniaux, dont les bornes n'ont cessé de croître au fil du temps, subit ici un repli significatif que certaines jurisprudences récentes semblent d'ailleurs renforcer Note 77 . Certes, il s'en faudrait de beaucoup pour que le rapport de forces s'inverse ; au demeurant, au regard de la préservation du fondement propriétaire et de la liberté de gestion reconnue aux personnes publiques, il ne serait pas souhaitable d'aller au-delà. L'on peut tout de même gager certaines inflexions à venir, lesquelles procéderaient d'ailleurs davantage du cercle vertueux comportemental que de la contrainte juridique. L'usage du pouvoir d'abrogation ou de résiliation avant terme devrait subir, en pratique, une cure d'amincissement. La fixation de la durée des titres, et le respect qui s'y attache, devraient déjà apaiser certaines velléités, d'autant plus que, s'agissant des conventions, c'est au regard de cette durée que sera apprécié par le juge l'objectif de stabilité des relations contractuelles Note 78 ; les critères de sélection des « offres » émanant du pouvoir de gestion lui-même, celui-ci, dans un second temps, devrait logiquement s'effacer un peu. Il semble enfin que, à supposer que ce ne soit pas déjà le cas, le principe d'indemnisation des occupants « évincés » avant terme devrait s'étendre, que ces derniers soient titulaires d'une autorisation conventionnelle ou unilatérale Note 79 . L'ordonnance en revanche, par elle-même, n'entame en rien la pérennité de certains principes : les gestionnaires restent maîtres de conférer l'accès ou non au domaine public, aucun « droit » à l'occupation ne résultant de l'ordonnance ; plus encore, rien n'indique qu'ils seront mus par la volonté de conférer l'accès le plus large que possible au domaine public en opérant un partage de l'assiette domaniale Note 80 . Reste à espérer que, en tissant les liens entre droit de la concurrence et droit « de la mise en concurrence », une inflexion plus large sur la nécessité et la proportionnalité des avantages conférés à certains occupants émerge Note 81 .

## **B. - L'harmonisation du droit des contrats publics ?**

29. - Portant tous les stigmates de la jurisprudence *Promoimpresa*, et se plaçant dès lors formellement dans le sillage de la directive 2006/123/CE, l'ordonnance du 19 avril 2017 constitue enfin le prélude à une réflexion sur le particularisme des contrats domaniaux Note 82 . Conservant une certaine équivoque conceptuelle, l'ordonnance repose sur différents piliers (directives services, droit de la concurrence, droit de la commande publique), dont le riche alliage prête à réflexions. Qu'il s'agisse de les inscrire dans la théorie des contrats administratifs Note 83 (1°) ou de pointer leur distanciation avec ceux relevant de la commande publique (2°), les titres d'occupation domaniale continuent ainsi de constituer, aux côtés des marchés publics et des concessions, une « troisième voie [contractuelle] » Note 84 assez insaisissable.

### 1° Titres d'occupation domaniale et contrats administratifs

30. - Quoi qu'il faille se garder de tomber dans la facilité consistant à relever que « le droit général des contrats se spécialise [et que] le droit des contrats spéciaux se généralise » Note 85 , l'on ne peut manquer de constater, à la lecture de l'ordonnance, un affadissement assez net de la spécificité des contrats domaniaux. Il y a encore peu de temps, leur altérité était essentiellement soulignée au travers de l'absence de publicité et de mise en concurrence préalable à leur dévolution, de l'absence de fixation obligatoire de leur durée ou, encore, de leur cessibilité pour le moins sujette à caution. Ces spécificités ont donc vécu, à tel point qu'on peut se ranger en effet à l'idée de leur « normalisation » Note 86 . Un marqueur sort en revanche indélébile de l'ordonnance puisque, via l'arrimage à la directive 2006/123/UE, leur statut « d'autorisation » semble définitivement estampillé Note 87 . Reste alors, dans cette veine, à rappeler que les « titres » domaniaux s'évadent toujours partiellement du giron contractuel, à raison du caractère unilatéral de certains d'entre eux. La dichotomie perd cependant toujours un peu de sa raison d'être, à mesure que leur régime s'homogénéise, comme ici s'agissant de l'obligation transversale de transparence en amont de

leur délivrance<sup>Note 88</sup>. À cet égard, l'extension de ces principes aux actes unilatéraux affermit leur patrimonialisation tout autant que leur « marchandisation »<sup>Note 89</sup> ; elle autorise encore une réflexion plus large sur le champ même de « l'obligation de mise en concurrence » qui dépasse dès lors de très loin les seuls « contrats » d'une part et, a fortiori, ceux de « la commande publique » d'autre part<sup>Note 90</sup>.

## 2° Titres d'occupation domaniale et contrats de la commande publique

31. - C'est dès lors sous l'angle de l'articulation avec les contrats de la commande publique que, pour terminer, la présente ordonnance mérite réflexions. D'un côté, la distanciation avec le droit de la commande publique semble patente : point de mise en concurrence, mais une procédure de sélection ; point d'idée de « dévolution » d'activités mais simple « habilitation » à leur exercice ; enfin, l'obligation de transparence reste supplétive au regard des règles de la commande publique lesquelles priment en présence d'objets contractuels complexes. D'un autre côté, il paraît tout aussi vain de nier le maintien des accointances avec ce corpus, qu'il en aille de la parenté de certaines exclusions (urgence, procédure infructueuse, in house domanial) ou des modalités de transparence exigibles, solubles semble-t-il uniquement dans les préceptes du droit de la commande publique. Il n'y a probablement pas lieu de s'étonner outre mesure de cette ambivalence. Par-delà la liaison entérinée avec la directive de 2006, la jurisprudence *Promoimpresa* retient également que, lorsque la directive est inapplicable, les concessions domaniales n'en sont pas moins soumises aux règles fondamentales du *Traité* et au principe de non-discrimination en particulier : comme le relève Philippe Terneyre c'est en réalité « téléaustraliser »<sup>Note 91</sup> l'attribution des autorisations domaniales. Ce faisant, le démarquage avec le droit de la commande publique paraît toujours aussi « inabouti »<sup>Note 92</sup>, les préceptes autant que les concepts de ce corpus ressuscitant sans mal dans la nouvelle ordonnance.

32. - Il est sans doute écrit que les contrats domaniaux n'intégreront pas l'architecture du futur Code de la commande publique. Malgré sa relativité, la distinction entre offre et commande publiques a eu raison de l'hypothèse ; au demeurant, dans le sillage des directives elles-mêmes<sup>Note 93</sup>, la jurisprudence *Promoimpresa* a reconnu le caractère exclusif de la directive « services » d'une part, et des directives « marchés » et « concessions » d'autre part. Il faudra donc admettre que le droit de la commande publique n'épuise pas toutes les hypothèses de dévolution transparentes et qu'un « droit de la mise en concurrence » aux confins plus larges est en train de s'échafauder. Il n'est pas certain que la lisibilité du droit des contrats en sorte grandie. Certains « frottements » problématiques semblent d'ailleurs susceptibles d'enfler : si le recours *Tarn-et-Garonne* accueille désormais les conventions domaniales<sup>Note 94</sup>, quid des titres unilatéraux ? Est-il satisfaisant par ailleurs de continuer à réserver les référés précontractuel et contractuel aux seuls contrats de la commande publique<sup>Note 95</sup>, là où, désormais, la délivrance des titres domaniaux est – parfois – soumise à des règles de transparence identiques ? Autant d'interrogations sur lesquelles l'ordonnance ne dit mot... rendant, de fait, toujours aussi importante, sous un angle procédural, la distinction des titres d'occupation du domaine public et des contrats de la commande publique.

Note 1 A. de Laubadère, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation* : RDP 1950, p. 5.

Note 2 V. depuis 2011 et sans exhaustivité : W. Salamand et M. Karpenschif, *Les occupations privatives du domaine public : la longue marche vers la mise en concurrence de la délivrance des titres d'occupation domaniale* : Mon. CP 2016, n° 162, p. 29. – S. Comellas, *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales. Réflexion sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance* : L'Harmattan, 2014. – Ch. Vautrot-Schwarz, *L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale* : Contrats-Marchés publ. 2012, étude 8. – G. Eckert, *Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique*, in G. Clamour [dir.], *Contrats et propriété publics* : LexisNexis, 2012, p. 53. – S. Nicinski, *L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ?* Mél. Richer : LGDJ, 2013, p. 421 ; *Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ?* Mél. Fatôme : D. 2011, p. 373.

Note 3 CE, 26 avr. 1944, *Dejean et Fournier et a.* : Lebon, p. 386.

Note 4 R. Rouquette, La passation des conventions domaniales : Dr. adm. 2003, chron. 5. – A. Cabannes, Faut-il soumettre l'occupation privative du domaine public à une procédure spécifique ? : CP-ACCP 2006, n° 54, p. 24.

Note 5 F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu : RFDA 2006, p. 935.

Note 6 V. not. TA Nîmes, 24 janv. 2008, Sté trains touristiques Eisenreich : Dr. adm. 2009, comm. 6, obs. L. Battoue ; RLC 2008, n° 1145, obs. G. Clamour.

Note 7 CE, 10 juin 2009, n° 317671, Port autonome de Marseille : RJEP 2010, comm. 7, obs. C. Chamard-Heim.

Note 8 Cons. conc., n° 04-A- 19 , 21 oct. 2004, relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution des journaux gratuits : RLC 2005, n° 145, obs. M. Bazex et S. Blazy ; RJEP 2005, p. 144, obs. R. Dupeyré.

Note 9 Collectivités publiques et concurrence : EDCE 2002, p. 380. – L'action économique des personnes publiques : EDCE 2016, p. 59.

Note 10 L. Richer, La transparence et l'obstacle, Mél. Guibal, t. I : université de Montpellier, 2006, p. 175.

Note 11 CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et 338527, Assoc. Paris Jean Bouin : JurisData n° 2010-022712 ; Dr. adm. 2011, comm. 17, obs. F. Brenet et F. Melleray ; BJCP 2011, p. 36, concl. Escaut ; GADAB 2015 : Dalloz, 2e éd., p. 511, obs. R. Noguellou ; JCP A 2011, 2043, obs. C. Devès ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 25, obs. G. Eckert.

Note 12 Pour un résumé de l'ensemble de ces fondements, nous nous permettons de renvoyer à Ch. Roux, Propriété publique et droit de l'Union européenne, T. 295 : LGDJ, BDP, 2016, § 791-809.

Note 13 V. Ph. Yolka, L'offre et la commande : JCP A 2012, act. 892.

Note 14 Dans cette veine, V. les articles de S. Nicinski, G. Eckert et Ch. Vautrot-Schwartz, préc. note n° 2.

Note 15 CJCE, 18 juin 1985, aff. 197/84, Steinhauser c/ Ville Biarritz : Rec. CJCE 1985, I – 1819.

Note 16 CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH : JurisData n° 2000-300034 ; Rec. CJCE 2000, I-10745 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 50, obs. F. Llorens ; Dr. adm. 2001, comm. 85, obs. M. Benjamin ; BJCP 2001, p. 133, concl. N. Fenelly ; Europe 2001, comm. 61, obs. F. Kauff-Gazin.

Note 17 V. not. F. Brenet et F. Melleray, note sur CE, sect., 3 déc. 2010, préc. note n° 11.

Note 18 CE, 9 déc. 2016, n° 296352, Cne Fontvieille : Dr. adm. 2017 , comm. 17, obs. P.-S. Hansen ; JCP A 2017 , 2062, concl. G. Pellissier, obs. J.-F. Sestier ; Contrats-Marchés publ. 2017 , comm. 52, obs. G. Eckert.

Note 19 CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67-15, Promoimpresa Srl, et Mario M. Melis : JurisData n° 2016-015812 ; AJDA 2017 , p. 2176, obs. R. Noguellou et p. 2478, obs. S. Nicinski ; BJCP 2017 , p. 36, obs. Ph. Terneyre.

Note 20 Comm. CE, dir. 2006/123/CE, 12 déc. 2006 : JOCE n° L 376, 27 déc. 2006, p. 36.

Note 21 Ord. n° 2017 -562, 19 avr. 2017 , relative à la propriété des personnes publiques : JO 20 avr. 2017 ; JCP A 2017 , 2122, étude Ph. S. Hansen ; Contrats-Marchés publ. 2017 , comm. 114, étude G. Clamour.

Note 22 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JO 10 déc. 2016 ; RD imm. 2017 , p. 97, obs. N. Foulquier ; Contrats-Marchés publ. 2017 , comm. 2, obs. G. Clamour ; Dr. adm. 2017 , alerte 15, obs. A. Roux.

Note 23 V. R. Noguellou, note sur l'arrêt Promoimpresa, préc. note n° 19 .

Note 24 Ph. Hansen, Quelles modalités pour la mise en concurrence des autorisations d'occupation du domaine public ? : JCP A 2017 , act. 122.

Note 25 Il avait pu être proposé d'ajouter d'autres variables d'intermédiation comme, par exemple, des seuils financiers. – V. sur ce point, G. Eckert, art. préc. note n° 2. – Ch. Roux, thèse, préc. note n° 12, spéc. § 809.

Note 26 M. Gros, De la nécessaire distinction entre les divers domaines publics de l'État : AJDA 2005, p. 1977.

Note 27 C'est ce dont atteste la reprise du terme « utilisation » qui, désormais entendu dans un sens plus resserré, semble ne viser que les seuls biens du domaine public mobilier. – V. CE, 31 mars 2014, n° 362140, Cne Avignon : JurisData n° 2014-006609 ; RJEP 2014, comm. 36, concl. N. Escaut.

Note 28 V. art. 34 de la loi Sapin II (préc. note n° 12).

Note 29 À cet égard, la présente ordonnance ne contient aucune disposition au sujet de l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalable aux cessions de biens publics, laquelle n'est exigible, à ce stade, que pour l'État (CGPPP, art. R. 3211-2 et s.). L'habilitation portée par la loi Sapin II devait étendre cette exigence aux biens des collectivités territoriales.

Note 30 V. Ch. Roux, thèse, préc. note n° 12, spéc. § 988 et s.

Note 31 H. Légal, L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques : AJDA 2007, p. 949.

Note 32 En ce sens, R. Noguellou, note sur l'arrêt Promoimpresa, préc. note n° 19 .

Note 33 J.-M. Auby, Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration : EDCE 1958, p. 35.

Note 34 Ph. Yolka, L'offre et la commande, art. préc. note n° 13.

Note 35 Sur cette distinction, V. S. Nicinski, Faut-il soumettre (...), art. préc. note n° 2.

Note 36 CE, 26 mars 1999, n° 202260 : CJEG 1999, p. 264, concl. H. Stahl ; GADAB 2015, p. 533, obs. R. Noguellou.

Note 37 CJCE, 16 juin 1987, aff. C-118/85, Comm. c/ Italie : Rec. CJCE, p. 2599, pt 7.

Note 38 V. E. Bernard, L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation : RIDE 2009, p. 353.

Note 39 On peut comparativement, relever que les ordonnances concessions et marchés publics excluent (s'agissant des associations à but non-lucratif notamment), de leur champ d'application de nombreux objets contractuels dont le caractère économique ne prête pas à discussion (V. Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 14 : JO 24 juill. 2015, p. 12602).

Note 40 L'on pourra une nouvelle fois déceler une parenté avec le droit de la commande publique où le terme a déjà été employé. – V. CE, 28 janv. 2013, n° 356670, Dpt Rhône : JurisData n° 2013-001143 ; BJCP 2013, p. 182, concl. G. Pelissier ; Dr. adm. 2013, comm. 28, obs. F. Brenet.

Note 41 V. M. Degoffe, L'obligation de motiver les décisions relatives à l'occupation du domaine public : BJCL 2006, p. 238.

Note 42 D. n° 83-228, 22 mars 1983 : JO 25 mars 1983, p. 918.

Note 43 V. Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 85 relative aux marchés publics, préc. note 39. – Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 50 relative aux concessions : JO 30 janv. 2016, texte n° 66.

Note 44 Ph. Yolka, Le partenariat domanial public / public : quelques zones d'ombre : AJDA 2014, p. 2441.

Note 45 V. les conditions énoncées à l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

Note 46 Citation attribuée à Oscar Wilde.

Note 47 V. par exemple CE, 21 oct. 1983, n° 36367, Bricard : Dr. adm. 1983, comm. 415.

Note 48 V. G. Eckert, Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique, art. préc. note n° 2.

Note 49 CAA Bordeaux, 29 nov. 2016, n° 15BX01981, Mutuelle Cybelle Solidarité.

Note 50 V. Cons. conc., 21 oct. 2004, n° 04-A-19, préc. note n° 8.

Note 51 CE, sect., 30 janv. 2009, n° 290236, ANPE : BJCP 2009, n° 64, p. 201, concl. B. Dacosta ; AJDA 2009, p. 602, obs. B. Dreyfus ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 121, obs. W. Zimmer.

Note 52 CJCE, 13 nov. 2007, aff. C-507/03, Comm. c/ Irlande : JurisData n° 2007-006826 ; Rec. CJCE, I-9777 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 3, obs. W. Zimmer ; Europe 2008, comm. 14, obs. E. Meisse.

Note 53 Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-562, du 19 avril 2017, relative à la propriété des personnes publiques : JO 20 avr. 2017, n° 93, texte n° 7.

Note 54 C. Mamontoff, Domaine public et entreprises privées : L'Harmattan 2003, p. 267 et s.

Note 55 CE, 30 juin 2004, n° 250124, Dpt Vendée : Dr. adm. 2004, comm. 161, obs. M. Bazex et S. Blazy ; RJEP 2004, p. 487, concl. P. Collin ; GADAB 2015, p. 477, obs. F. Melleray.

Note 56 V. CE, 23 mai 2012, n° 348909, RATP : JurisData n° 2012-010865 ; BJCP 2012, p. 291, concl. N. Boulouis ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 238, obs. S. Ziani ; Dr. adm. 2012, comm. 89, obs. F. Brenet ; JCP A 2013, 2012, obs. H. Pauliat.

Note 57 CE, 20 déc. 1957, n° 48293, Sté nouvelle d'éditions cinématographiques : Lebon, p. 702 ; S. 1958, p. 58, concl. E. Guldner ; GADAB 2015, p. 415, obs. Chamard-Heim.

Note 58 V. O. Didriche, La délivrance des titres d'occupation du domaine public : AJCT 2011, p. 555.

Note 59 V. déjà, admettant la licéité d'un tel critère CE, 6 nov. 1998, n° 171317, Assoc. amicale des bouquinistes des quais de Paris : Lebon, p. 753.

Note 60 V. les offres présentées sur le site [www.paris.fr/professionnels](http://www.paris.fr/professionnels).

Note 61 CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et n° 338527, Assoc. Paris Jean Bouin, préc. note n° 11.

Note 62 V. CAA Marseille, 21 nov. 2016, n° 14MA01809, Sté Le Pagus SARL, inédit.

Note 63 CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-513/99, Concordia Bus Finlandia Oy AB : JurisData n° 2002-400005 ; Rec. CJCE, I-7213 ; Contrats-Marchés publ. 2003, chron. 16, obs. W. Zimmer ; BJCP 2003, p. 14, concl. J. Mischo.

Note 64 CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-470/99, Universale-Bau AG : JurisData n° 2002-400007 ; Rec. CJCE, I-11677.

Note 65 CJCE, 18 oct. 2001, aff. C-19/00, SIAC Construction : Rec. CJCE, I-7725.

Note 66 Tel serait le cas d'un critère fondé sur l'ancienneté de l'occupant : CE, 18 nov. 1966, Froment et Vve Clément : Lebon, p. 607 ; AJDA 1967, p. 45, obs. A. de Laubadère ; RDP 1967, p. 987, concl. J.-M. Galabert, obs. J. Waline.

Note 67 CJUE, gde ch., 22 oct. 2013, aff. C-105/12 à C-107/12, Essent : JurisData n° 2013-034283 ; Europe 2013, comm. 520, obs. L. Idot ; RJEP 2014, chron. 4, obs. H. Cassagnabère.

Note 68 V. Comm. CE, dir. 2006/123/CE (préc. note n° 20), art. 12-3, cons. 8 et 40.

Note 69 CE, 5 févr. 2009, n° 305021 : Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 98, obs. G. Eckert ; BJCP 2009, p. 224, concl. Escaut ; JCP A 2009, 2103, obs. A. Guigue ; GADAB 2015, p. 545, obs. F. Melleray.

Note 70 V. F. Melleray, Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée, Mél. Richer : Lextenso, 2013, p. 211. – F. Brenet, Le contrat domanial : AJDA 2016, p. 1803.

Note 71 V. CAA Nantes, 27 juin 2013, Cne Contres : Lebon T., p. 862 ; AJDA 2004, p. 820, obs. Dreyfus. – En matière domaniale, V. CAA Marseille, 27 févr. 2007, n° 05MA00234, Ville Nice.

Note 72 CAA Bordeaux, 14 mars 2013, n° 11BX03091, École nationale supérieure des techniques industrielles et des mines d'Albi : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 148, obs. M. Ubaud-Bergeron.

Note 73 V. Ph. S. Hansen, Le mécanisme de rescrit appliqué aux transferts de titres d'occupation du domaine public : JCP A 2016, act. 220.

Note 74 CE, 18 sept. 2015, n° 387315, Sté Prest'air : AJDA 2016, p. 157, obs. C. Chamard-Heim ; JCP A 2015, 2315, obs. Cornille ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 271, obs. J.-P. Pietri.

Note 75 CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH : Rec. CJCE 2008, I-4401 ; Dr. adm. 2008, comm. 132, obs. R. Noguellou ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 186, obs. W. Zimmer ; RFDA 2011, p. 98, obs. H. Hoepffner.

Note 76 V. Ph. S. Hansen, Le mécanisme de rescrit (...), préc. note n° 73.

Note 77 V. par ex. reconnaissant que le renouvellement d'une occupation n'est pas discrétionnaire, CE, 25 janv. 2017, n° 395314, Cne Port-Vendres : JurisData n° 2017 -000957 ; JCP A 2017, 2054, obs. M. Cornille ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 71, obs. G. Eckert.

Note 78 CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne Béziers : JurisData n° 2009-017292 ; GAJA ; Dalloz, 20e éd., 2015, n° 112.

Note 79 CE, 31 juill. 2009, n° 316534, Sté Jonathan Loisirs : JurisData n° 2009-006579 ; RJEP 2010, comm. 17 ; GADAB 2015, p. 591, obs. C. Chamard-Heim ; Dr. adm. 2009, comm. 129, obs. B. Plessix ; BJCL 2009, p. 482, concl. N. Boulouis.

Note 80 CE, 23 mai 2012, n° 348909, RATP, préc. note n° 59, contra. – CAA Bordeaux, 27 nov. 2007, n° 06BX00462, Carreras : RLC 2008, n° 1090, obs. G. Clamour.

Note 81 Nous renvoyons à Ch. Roux, thèse, préc. note n° 12, spéc. § 728-732.

Note 82 V. M. Didierlaurent, La remise en ordre inachevée de l'occupation contractuelle du domaine public : AJDA 2015, p. 1519. – P. Delvolvé, L'utilisation privative des biens publics – Essai de synthèse : RFDA 2009, p. 229.

Note 83 V. F. Brenet, Le contrat domanial : AJDA 2016, p. 1803. – B. Plessix, Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif, in G. Clamour (dir.), Contrats et propriété publics : Litec, 2011, p. 29.

Note 84 S. Manson, L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre : RD publ. 2009, p. 19.



Note 85 Sur cette mise en garde, V. B. Plessix, Contrats domaniaux et théorie générale (...), préc. note n° 83.

Note 86 F. Brenet, Le contrat domanial : AJDA 2016, p. 1803.

Note 87 B. Plessix, Contrats domaniaux et théorie générale, préc. note n° 83.

Note 88 C. Mamontoff, Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public : Mél. Guibal, université de Montpellier, 2006, vol. 2, p. 517. – S. Manson, préc. note n° 84.

Note 89 V. J.-V. Maublanc, Le marché des autorisations administratives : Thèse dactyl., Pau – Pays de l'Adour, 2017 .

Note 90 Ch. Roux, Loi Sapin II et droit de la commande publique : un pas (déjà) en arrière, trois bonds (bientôt ?) en avant : Dr. adm. 2017 , alerte 15.

Note 91 Ph. Terneyre, note sur l'arrêt Promoimpresa, préc. note n° 23.

Note 92 G. Clamour, Le sort des contrats domaniaux : RFDA 2016, p. 270.

Note 93 V. cons. 14, Comm. UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 1 et cons. 57 de la directive 2006/123/CE (préc. note n° 20).

Note 94 CE, 2 déc. 2015, n° 386979, École centrale de Lyon : JurisData n° 2015-027044 ; AJDA 2016, p. 736, obs. G. Roux ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 50, obs. M. Ubaud-Bergeron.

Note 95 V. CAA Marseille 26 nov. 2013, n° 11MA01387, SARL Port Camargue Plaisance Service : JurisData n° 2013-030583 ; JCP A 2014, 2003 et 2289 concl. S. Deliancourt, obs. C. Cormier."