

## 2081 Domaine privé et mise en concurrence : quand le ministre se trompe

**Dans une réponse ministérielle du 29 janvier 2019, le ministre chargé de l'Économie suggère que l'occupation du domaine privé des personnes publiques devrait aussi faire l'objet d'une procédure de sélection des candidats potentiels. Cette interprétation est contraire à la jurisprudence *Promoimpresa*, et même aux termes de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.**

Rép. min. n° 12868 : JOAN 29 janv. 2019, p. 861

### NOTE

Dans une question écrite n° 12868, en date du 2 octobre 2018, le député du Rhône Laurent Fugit attirait l'attention du ministre de l'Économie et des Finances sur la mise en concurrence des titres d'occupation domaniale. Selon lui, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a en effet créé une nouvelle obligation s'agissant de la délivrance des titres d'occupation, laquelle doit désormais être précédée, selon les termes de l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, d'une procédure de sélection préalable permettant aux candidats potentiels de se manifester. Ces obligations de publicité et de mise en concurrence préalables seraient applicables à la délivrance des titres lorsque ces derniers permettent à leur titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, mais il n'existerait aucune disposition comparable s'agissant des titres d'occupation portant sur le domaine privé.

À cette question, le ministre a répondu que l'« ordonnance n'a pas modifié, en droit interne, les règles régissant l'attribution des titres d'occupation sur le domaine privé des personnes publiques. Toutefois, la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 juillet 2016 *Promoimpresa* (CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14, *Promoimpresa Srl* : *JurisData* n° 2016-015812 ; JCP A 2016, act. 641 JCP A 2017, 2042, chron. J. Martin et G. Pellissier, n° 64 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, repère 11, repère F. Llorens, et P. Soler-Couteaux), à la suite de laquelle a été adoptée l'ordonnance de 2017, soumet à des principes de transparence et de sélection préalable l'octroi de toute autorisation qui permet l'exercice d'une activité économique dans un secteur concurrentiel, sans opérer de distinction selon que cette activité s'exerce sur le domaine public ou sur le domaine privé des personnes publiques. Il résulte de cette jurisprudence que la délivrance de titres sur le domaine privé doit garantir dans les mêmes termes le respect des principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Ainsi, les autorités gestionnaires du domaine privé doivent donc mettre en œuvre des procédures similaires à celles qui prévalent pour le domaine public » (JOAN 29 janv. 2019).

Une telle interprétation de l'arrêt *Promoimpresa* ne saurait être acceptée et le ministre, osons le dire, se trompe totalement. La lecture attentive de cet arrêt suffit pour s'en convaincre.

### 1. L'occupation doit présenter un intérêt transfrontalier

Tout d'abord, l'arrêt, qu'il est convenu d'appeler *Promoimpresa*, porte en réalité sur deux affaires, et une seule des deux affaires a été jugée au fond. La raison pour laquelle la seconde affaire a été déclarée irrecevable mérite d'être indiquée ici. En effet, dans cette seconde affaire, la Cour de justice était saisie à titre préjudiciel au sujet de décisions relatives à l'approbation du plan d'utilisation du littoral et à l'attribution de concessions de biens du domaine maritime ainsi que de mesures par lesquelles la police municipale avait ordonné à M. Melis e.a. le retrait de certains équipements du domaine maritime (CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-67/15, *Mario Melis et a. c/ Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio, ex parte Alessandro Piredda et a.* : *JurisData* n° 2016-015812).

Dans cette seconde affaire, la Cour a jugé que la juridiction de renvoi, en l'espèce le tribunal administratif régional de Sardaigne, n'avait pas établi le caractère transfrontalier certain de l'affaire, et en a déduit qu'elle n'était pas en mesure de se prononcer. Dans son dispositif, la CJUE considère que les dispositions du droit de l'Union ne trouvent à s'appliquer que « dans la mesure où ces concessions présentent un intérêt transfrontalier certain ».

Ce point est essentiel pour apprécier la portée de la jurisprudence *Promoimpresa*. Il n'a jamais été question pour les hauts magistrats de la CJUE d'imposer à toutes les collectivités publiques d'Europe, de la plus petite à la plus importante, des règles de sélection préalable des candidats applicables indifféremment, quel que soit le bien faisant l'objet de la délivrance du titre. Pour que le droit de l'Union trouve à s'appliquer, indique la Cour, il faut que l'objet présente un intérêt transfrontalier. Si ce n'est pas le cas, aucune procédure de sélection n'est nécessaire au regard du droit de l'Union.

Dans ces conditions, déjà, il est possible d'éliminer de toute procédure de sélection la plupart des titres d'occupation délivrés par les collectivités territoriales françaises, ceux-ci ne présentant aucun intérêt transfrontalier. On pourra ainsi exclure, quoi qu'en dise le ministre, et en toute tranquillité (sous réserve des dispositions de l'ordonnance, *V. infra*), les titres d'occupation temporaire du domaine public limités à quelques centaines de m<sup>2</sup> sur une plage vendéenne, l'installation d'un manège sur une place de Rennes, ou la location d'un petit immeuble de bureaux appartenant au domaine privé d'une commune auvergnate...

L'arrêt *Promoimpresa* rappelle explicitement dans son considérant n° 66, que, « s'agissant [...] de l'existence d'un intérêt transfrontalier certain, il y a lieu de rappeler que ce dernier doit être apprécié sur la base de l'ensemble des critères pertinents, tels que l'importance économique du marché, le lieu géographique de son exécution ou ses aspects

techniques, en ayant égard aux caractéristiques propres du marché concerné ».

En d'autres termes, une occupation du domaine communal, même si elle présente une certaine importance, ne tombera pas sous le coup du droit de l'Union si son importance économique, le lieu de son implantation ou ses aspects techniques n'ont aucune chance d'intéresser un opérateur économique établi dans un autre État membre compte tenu de l'état du marché.

À cet égard, on peut en déduire sans grand risque d'erreur que la plupart des titres d'occupation peuvent être écartés au regard de la jurisprudence *Promoimpresa*.

## 2. L'arrêt *Promoimpresa* ne concerne que le domaine public

Même si l'on admettait qu'un titre d'occupation puisse présenter un intérêt transfrontalier, encore faudrait-il que les caractéristiques de l'occupation répondent aux conditions posées par la CJUE pour que les règles et principes du droit de l'Union trouvent à s'appliquer.

La Cour rappelle tout d'abord que les termes de l'article 39 de la directive 2006/123 disposent que la notion de « régime d'autorisation », seule en cause ici, « recouvre notamment les procédures administratives par lesquelles sont octroyés des autorisations, licences, agréments ou concessions mais aussi l'obligation, pour pouvoir exercer l'activité, d'être inscrit à un ordre professionnel ou dans un registre, dans un rôle ou une base de données, d'être conventionné auprès d'un organisme ou d'obtenir une carte professionnelle. L'octroi d'une autorisation peut résulter non seulement d'une décision formelle, mais aussi d'une décision implicite découlant, par exemple, du silence de l'autorité compétente ou du fait que l'intéressé doit attendre un accusé de réception d'une déclaration pour commencer l'activité concernée ou pour que cette dernière soit légale ».

On ne voit pas bien comment de telles dispositions pourraient s'appliquer à la location d'un immeuble de bureaux relevant du domaine privé communal, loué à des opérateurs privés. En louant un immeuble du domaine privé à une entreprise privée, ou à un commerçant, comme le ferait n'importe quel propriétaire privé, une commune ne délivre, ce faisant, aucune autorisation d'exercice d'une activité économique, ni aucune licence ou aucun agrément. Elle ne prend, en effet, aucune décision autorisant l'exercice de l'activité du futur locataire. Celui-ci pourrait tout aussi bien louer n'importe quel immeuble appartenant à un propriétaire privé dans la même commune, et il n'aurait besoin d'aucune autorisation de cette dernière pour développer son activité à partir de cet immeuble.

La Cour rappelle les termes du considérant n° 57 de la directive : « Les dispositions de la présente directive relative aux régimes d'autorisation devraient s'appliquer dans les cas où l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité par des opérateurs nécessite une décision de l'autorité compétente ». Tel n'est évidemment pas le cas lorsqu'un opérateur économique loue un immeuble qui se trouve appartenir au domaine privé d'une collectivité territoriale.

Prétendre que les baux commerciaux, par ailleurs soumis en France à une législation d'ordre public très précise, devraient aussi faire l'objet d'une procédure de sélection préalable parce que le bailleur est une personne publique ne résulte aucunement des termes de l'arrêt *Promoimpresa*, contrairement à ce qu'affirme le ministre chargé de l'Économie. La procédure de reconduction de ces baux, elle-même soumise à une procédure millimétrée dans l'intérêt du

faisant, elles ne méconnaissent nullement la jurisprudence *Promoimpresa* qui, elle-même, ne porte que sur l'occupation du domaine public, seulement si cette occupation présente un intérêt transfrontalier, et seulement si le nombre d'autorisations susceptibles d'être délivrées est limité.

Cyrille EMERY,

directeur des affaires juridiques et de l'administration générale d'une collectivité territoriale, chercheur associé en droit public à l'université Paris-1

**MOTS-CLÉS :** Domaine / Patrimoine - Domaine privé  
Domaine / Patrimoine - Mise en concurrence  
Domaine / Patrimoine - Titre d'occupation domaniale