

La réception, à la française, de la mise en concurrence des AOT pour exercer une activité économique.

Dans son ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, le gouvernement a, d'une part, perpétué l'ambition des rédacteurs de la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques visant à améliorer la valorisation des propriétés publiques et, d'autre part, réceptionné la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne¹ qui avait, depuis fort longtemps², mis à mal l'édifice prétorien du Conseil d'Etat excluant l'application du principe de transparence aux autorisations domaniales³.

Cette ordonnance, prise sur le fondement de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite SAPIN 2, apporte **deux modifications substantielles** concernant la valorisation du domaine public ou privé des personnes publiques :

- **Le premier apport** est un véritable changement de paradigme dans la mesure où, à partir du **1^{er} juillet 2017**, lorsqu'une personne publique souhaitera mettre à disposition d'un tiers son domaine public en vue de l'exercice d'une activité économique, elle devra subordonner la délivrance de cette autorisation à une « *procédure de sélection préalable* » (article L. 2122-1 du CGPPP).

Les termes choisis par le gouvernement ne paraissent pas neutres puisque l'ordonnance prévoit une « *sélection préalable* » et non, à notre sens, une véritable obligation de mise en concurrence.

S'agit-il d'une simple mesure de publicité adéquate comme l'appelait de ses vœux Madame Nathalie ESCAULT, dans la décision du Conseil d'Etat dite « Jean Bouin » ?

La réponse semble devoir être négative car les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance prévoient pour les autorisations délivrées quotidiennement ou dont la délivrance ne perturbe par le jeu normal de la concurrence une procédure de sélection « *simplifiée* » qui se limite à une simple mesure de publicité. Ainsi, et selon une lecture *a contrario* de ces dispositions, l'ordonnance a souhaité que les gestionnaires du domaine public suivent une véritable procédure de sélection (définition des besoins, critères de sélection etc....).

Concernant la procédure « simplifiée » en ce que l'autorisation ne portera pas atteinte à la libre concurrence, il convient de relever qu'elle sera particulièrement difficile à mettre en œuvre puisqu'il conviendra, pour le gestionnaire du domaine, de vérifier, d'une part, le marché pertinent afin de définir le « *nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité* » et, d'autre part, le lieu de l'autorisation afin de savoir s'il ne constitue pas une infrastructure essentielle (voir en ce sens, Conseil d'Etat, 23 mai 2012, *RATP*, 348909).

Outre ces conditions concurrentielles et temporelles, l'ordonnance prévoit que si un opérateur privé est à **l'initiative** de cette occupation, la procédure « *simplifiée* » pourra également être envisagée (article L. 2122-1-4 du CGPPP).

¹ CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa SRL*, n° C-458/14

² CJCE, 18 juin 1985, *Ville de Biarritz*, n° 197/84

³ CE, 3 décembre 2010, *Association Paris Jean-Bouin*, n° 338272

Par ailleurs, et répondant aux préoccupations de la doctrine⁴, l'ordonnance exclut de son champ d'application plusieurs situations. C'est le cas lorsque les obligations sont « *inutiles* », « *impropres* » et si elles ont été prévues par le législateur.

A titre d'illustration, il est possible de relever que l'autorité publique peut délivrer à l'amiable des autorisations domaniales dans le cas où une procédure équivalente a été prévue en amont, pour des raisons d'urgence ou pour prolonger sa durée (article L. 2122-1-2 du CGPPP).

Concernant la liste, non exhaustive, qui est fixée par le nouvel article L. 2122-1-3 du CGPPP, deux exceptions méritent un éclairage particulier :

- **En premier lieu**, « *lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public* ». Cette exception fait référence à l'exploitation des terrasses des cafés ou de manière générale à l'ensemble des dépendances du domaine public situées devant un bâtiment à usage commercial.
- **En second lieu**, « *lorsque le titre est délivré à une personne privée sur les activités de laquelle qu'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit* ». Cette exception est une transposition du régime de la quasi-régie.

Enfin, l'ordonnance prévoit que les personnes publiques devront définir les conditions de détermination de la durée de leurs autorisations domaniales (article L. 2122-2 du CGPPP).

- **Le deuxième apport** de l'ordonnance est relatif à l'amélioration de la souplesse dans la gestion du domaine des personnes publiques en tranchant plusieurs questions qui étaient débattues en doctrine⁵.

Sur ce point, l'ordonnance précise qu'il est possible de délivrer une autorisation d'occupation du domaine public sur une parcelle appartenant au domaine privé d'une personne publique par anticipation de son incorporation à son domaine public. Cette possibilité est soumise à la justification, par le gestionnaire du domaine, des raisons pour lesquelles elle décide de procéder à une délivrance anticipée de ce titre. La personne publique devra également déterminer le délai dans lequel devra intervenir cette incorporation au domaine public ainsi que du sort de ce titre en cas de non-respect du délai (caducité, prolongation, renouvellement...) ⁶. Etant précisé que ce délai ne peut dépasser 6 mois.

La seconde souplesse dont bénéficient les gestionnaires du domaine est relative à la possibilité de conclure une promesse de vente sous condition suspensive de déclassement des biens compris dans leur domaine public en cas de déclassement suffisamment certain (article L. 3112-4 du CGPPP).

Egalement, l'ordonnance prévoit la possibilité d'un déclassement par « anticipation ». Le délai de cette anticipation passant de 3 à 6 ans dans le cas où ce déclassement est effectué dans le cadre de la réalisation d'opérations de construction (article L. 3112-4 du CGPPP).

⁴ Conclusions, Madame Nathalie Escaut, sur CE, 3 décembre 2010, *précitée*.

⁵ Notamment, E. Fatôme, *Les promesses de vente de bien du domaine public sous condition suspensive de déclassement*, AJDA 2014, p. 961.

⁶ Rapport au président de la République à l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017).