

N° 4171 – Attribuer un titre domanial

Date de fraîcheur : 19 Février 2018

Jean-Luc Heckenroth
Avocat au Barreau de Paris (BCTG Avocats)

APERÇU RAPIDE

1. Éléments clés

L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques impose, depuis le 1er juillet 2017, de soumettre la délivrance de titres domaniaux « *en vue d'une exploitation économique* » à des mesures de publicité et, le plus souvent, à une procédure de sélection parmi les candidats potentiels.

Ce texte – ci-après l'ordonnance – met fin à des interrogations durables de la doctrine et est conforme à la jurisprudence européenne (CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa SRL* : *JurisData* n° 2016-015812 ; JCP A 2016, act. 641 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 291).

Selon le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance, il existait en effet « un impératif de mise en cohérence avec la jurisprudence européenne issue de la décision dite *Promoimpresa SRL* », laquelle décision a mis en lumière l'article 12-1 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur comme fondement potentiel de la mise en concurrence des titres domaniaux, hors commande publique.

Cependant, la dimension économique des titres domaniaux (contractuels ou unilatéraux) a été perçue par le juge communautaire bien avant cette décision du 14 juillet 2016 (CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15). Le Conseil d'État a longtemps résisté à ce mouvement (CE, 3 déc. 2010, n° 338272, *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin* : *Rec. CE* 2010, p. 472 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 25 ; *Dr. adm.* 2011, comm. 17), malgré de fortes incitations des juges du fond et des recommandations claires de l'Autorité de la Concurrence et de la doctrine. Tout au plus, contrôlait-il qu'une personne publique ne contrevenait pas au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et aux règles de concurrence dans la gestion des dépendances de son domaine public (CE sect., 26 mars 1999, n° 202260, *Sté EDA* : *JurisData* n° 1999-100679. – CE, 23 mai 2012, n° 348909, *RATP* : *JurisData* n° 2012-010865).

En pratique, c'est en bonne administration – et parfois « dans le doute » – que certains gestionnaires de dépendances domaniales lançaient des consultations avant de délivrer des titres domaniaux (distribution de journaux gratuits dans le métro, cabines photographiques dans les gares SNCF...).

Même si d'importants sujets comme le régime applicable au domaine privé ne sont toujours pas tranchés, les clarifications résultant du chapitre 1er de l'ordonnance quant au champ d'application des obligations de publicité et de mise en concurrence sont donc bienvenues.

Très détaillé quant aux cas de dispenses entendues largement (procédure simplifiée, exceptions, dérogations...), ce chapitre présente un caractère laconique sur les modalités de publicité et les procédures de mise en concurrence que les gestionnaires de dépendances domaniales doivent retenir.

2. Textes

2.1. Textes codifiés

- Code général de la propriété des personnes publiques

2.2. Textes non codifiés

- Ord. n° 2017-562, 19 avr. 2017 , relative à la propriété des personnes publiques
- Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 , relative aux marchés publics
- L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 34 , relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique
- D. n° 2016-360, 25 mars 2016 , relatif aux marchés publics
- D. n° 2016-86, 1er févr. 2016 , relatif aux contrats de concession

2.3. Textes européens

- Dir. 2006/123/CE, 12 déc. 2006, art. 12-1 , relative aux services dans le marché intérieur

2.4. Rapports et avis

- Cons. conc., avis n° 04-A-19, 21 oct. 2004 , relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits

3. Bibliothèque LexisNexis

3.1. Contenus pratiques

- Fiche pratique n° 2303 : Occupation privative du domaine public
- Fiche pratique n° 2720 : Fixer et gérer les redevances d'occupation privative du domaine public
- Fiche pratique n° 2944 : Distinction entre délégation de service public et autorisation d'occupation domaniale
- Fiche pratique n° 2475 : Activités sur la voie publique et pouvoir de police du maire

3.2. Fascicules du JurisClasseur

- JCl. Contrats et marchés publics, Fasc. 707 : Convention d'occupation du domaine public
- JCl. Collectivités territoriales, Fasc. 670 : Constitution et composition du domaine public
- JCl. Collectivités territoriales, Fasc. 675 : Régime juridique du domaine public

3.3. Revues

- E. Lekkou, Vers un Code de la commande publique : l'obligation de mettre en concurrence les titres d'occupation du domaine public : *JCP A 2018, 2003*
- G. Clamour, Une nouvelle donne pour l'occupation domaniale : *Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 114*
- C. Roux, 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 : *Dr. adm. 2017, étude 10*

PRÉPARATION

1. Informations préalables : bénéfice éventuel d'un cas de dispense

La dispense de toute formalité de publicité et de mise en concurrence avant la conclusion de titres domaniaux devait être rarissime selon l'interprétation de l'important arrêt Promoimpresa Srl ayant provoqué l'évolution du droit interne sur les mesures de publicité préalables et la procédure de sélection de candidats avant la délivrance de titres domaniaux (CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15 : *JurisData* n° 2016-015812 ; JCP A 2016, act. 641 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 291).

Aussi peut-on être surpris, à la lecture du chapitre Ier de l'ordonnance, par le nombre desdites dispenses entendues largement (procédure simplifiée, exceptions, dérogations...).

Parfois, l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une « *publicité préalable* » à la délivrance du titre d'occupation sans procédure de sélection.

Ainsi en est-il :

- lorsque l'occupation ou l'utilisation est « *de courte durée* » ou lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité projetée n'est « *pas limité* » (CGPPP, art. L. 2122-1-1) ;
- lorsque la délivrance du titre d'occupation ou d'utilisation « *intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée* » de l'opérateur. Dans ce cas, l'autorité publique doit s'assurer au préalable « *par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente* » (CGPPP, art. L. 2122-1-4).

Parfois, il n'y a à recourir à aucune publicité ni procédure de sélection (CGPPP, art. L. 2122-1-2).

Tel est le cas :

« 1° Lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L. 2122-1 s'insère dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes caractéristiques que la procédure déterminée par le premier alinéa de l'article L. 2122-1-1 ;

2° 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 ;

3° Lorsque l'urgence le justifie. La durée du titre ne peut alors excéder un an ;

4° Sans préjudice des dispositions figurant aux 1° à 5° de l'article L. 2122-1-3, 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. »

Parfois, les titres d'occupation peuvent être délivrés « *à l'amiable* », lorsque l'organisation de la procédure de sélection prévue par l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques s'avère impossible ou non justifiée, mais l'autorité publique « *rend publiques les considérations de droit et de fait l'ayant conduite à ne pas mettre en œuvre la procédure de sélection* » (CGPPP, art. L. 2122-1-3).

Il est à noter que l'utilisation de l'adverbe « *notamment* » dans l'article L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques laisse entendre que d'autres hypothèses seraient possibles au-delà de la

lettre actuelle de cet article. Cependant, en l'état du droit communautaire, la sagesse nous semble exclure de créer de nouveaux cas de dispense de sélection des candidats.

Les cas non exhaustifs énumérés sont les suivants :

« 1° Lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ;

2° 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 ;

3° 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 ;

4° 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 ;

5° Lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient. »

L'identification du cas de dispense le plus approprié aux faits de l'espèce devrait primer, lors du choix du gestionnaire de dépendance domaniale de ne pas mettre en concurrence, sur l'analyse des conditions procédurales à suivre.

2. Inventaire des solutions sans sélection et éléments de décisions

2.1. « Faux cas de dispense »

Plusieurs hypothèses habituellement identifiées parmi les cas de dispense nous semblent appeler une requalification en « faux cas de dispense ».

D'une part, il n'y a pas vraiment de dispense de mise en concurrence posée par l'ordonnance lorsque (i) l'occupation domaniale s'insère dans une opération donnant lieu à une procédure de sélection entre candidats potentiels présentant les mêmes caractéristiques que celle prévue par l'ordonnance (CGPPP, art. L. 2122-1-2, 1°) ou (ii) lorsqu'elle s'insère dans un contrat de la commande publique ou dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection (CGPPP, art. L. 2122-1-2, 2°).

En effet, dans l'ensemble de ces cas, il y a, généralement, bien eu publicité et mise en concurrence selon les règles de passation du contrat principal (V. not. CGPPP, art. L. 2122-6 tel que modifié par Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, relative aux marchés publics).

D'ailleurs, en cas de doute sur la soumission d'un titre domaniale à des règles de la commande publique, on recommandera à l'autorité compétente de s'y soumettre pour ne pas encourir un risque d'annulation du titre délivré en raison de l'insuffisance des mesures de publicité et de mise en concurrence suivies.

À titre d'exemples, le juge administratif a sanctionné, par le passé, le non-respect de règles de passation en requalifiant parfois des baux emphytéotiques administratifs en délégations de service public (CE, 10 juin 1994, n° 141633, Cne Cabourg : JurisData n° 1994-052435. – CE, 20 déc. 2000, n° 217639, CCI du Var : JurisData n° 2000-061689), en marchés publics de travaux au sens du droit communautaire (TA Nice, ord., 6 déc. 2006, n° 0605880, Sté CIRMAD Grand Sud. – TA Bordeaux, ord., 26 nov. 2007, n° 0704671, Sté Norbail-Immobilier) ou en concessions de travaux (TA Paris, ord., 3 févr. 2009, n° 0901167, 0905655, Sté Ken Club).

D'autre part, même si les affaires s'y prêtant devraient rester rares (*CAA Bordeaux, 29 nov. 2016, n° 15BX01981, Mutuelle Cybèle Solidarité : JCP A 2017, 2023*), le juge aura peut-être l'occasion d'éclaircir le 5° de l'article L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques aux termes duquel l'autorité compétente peut délivrer le titre à l'amiable « *lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient* ».

En effet, l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques implique une mise en concurrence avant de permettre l'occupation ou l'utilisation du domaine public « *en vue d'une exploitation économique* ». Or, en présence de tels impératifs prévus par le 5° de l'article L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques précité, on peut douter qu'une exploitation économique sur le domaine public demeure possible. Si elle l'est, il est probable qu'elle sera exercée par un prestataire choisi par l'Administration dans le cadre d'une procédure relevant du champ de la commande publique ou équivalente. En pratique, le « faux cas de dispense » précédent pourrait alors être privilégié.

2.2. Cas de dispense de sélection « classiques »

Ces cas de dispense, logiques, trouvent leur équivalent en droit de la commande publique. Ils paraissent *a priori* balisés par la pratique mais ne doivent pas être galvaudés à l'envi.

En premier lieu, la dispense relative aux autorisations de « courte durée » rappelle les marchés publics de moindre importance économique qui peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables (*CE, 17 mars 2017, n° 403768, Perez et Ordre des Avocats au Barreau de Paris : JurisData n° 2017-005180*). Comme en matière de marchés publics, il conviendra de ne pas « saucissonner » le titre domanial dans le temps pour rentrer dans ce cas de dispense, une publicité préalable à la délivrance de ce titre étant, ici, tout de même nécessaire (*CGPPP, art. L. 2122-1-1, al. 2*).

En deuxième lieu, la procédure de sélection préalable ne s'applique pas lorsque l'urgence le justifie. Par analogie avec la jurisprudence la plus récente en matière de concessions (*CE, 5 févr. 2018, n° 416581, Ville de Paris et a. : JurisData n° 2018-001385 ; confirmant TA Paris, ord., 5 déc. 2017, n° 1717558 à 1717601, Sté Clear Channel et Sté Extérion Media : JurisData n° 2017-027943 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 47*), on appellera les gestionnaires de dépendances domaniales à une prudence renforcée même si des référés contractuels ne seront *a priori* pas ouverts après délivrance du titre domanial. La durée du titre ne pourra, en tout état de cause, excéder un an (*CGPPP, art. L. 2122-1-2, 3°*).

En troisième lieu, il y a délivrance d'un titre à l'amiable 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°*). Bien que la formulation soit différente et plus simple, on retrouve ici la quasi-régie prévue notamment par l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précitée.

En quatrième lieu, le 3° de l'article L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques, relatif à une précédente procédure infructueuse est, dans l'esprit, très similaire au 2° de l'article 30 I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et à l'article 11 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

Force est de constater qu'en pratique, il devrait être très souvent utilisé en combinaison avec l'article L. 2122-1-4 du Code général de la propriété des personnes publiques selon lequel, lorsqu'une manifestation d'intérêt spontanée lui est présentée pour l'utilisation d'une dépendance domaniale, l'autorité publique doit s'assurer au préalable « *par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente* » avant de délivrer un titre à l'amiable.

En dernier lieu, on signalera, pour être exhaustif, le cas de dispense relative à la prolongation des titres domaniaux en cours (*CGPPP, art. L. 2122-1-2, 4°*) pour mettre parfois à l'écart les modalités de calcul de la

durée des titres domaniaux fixées par l'ordonnance (CGPPP, art. L. 2122-2). Sera alors prioritairement recherchée l'acceptabilité, « notamment économique », par l'autorité compétente et l'occupant au nom du principe communautaire de sécurité juridique (CJCE, 17 juill. 2008, aff. C347/06, ASM Brescia : Europe 2008, comm. 325).

2.3. Cas de dispense de sélection plus surprenants et moins sécurisants

Nonobstant leur caractère surprenant, il ne fait aucun doute que les cas de dispense de sélection évoqués ci-dessous seront très souvent utilisés en pratique.

En effet, tout le monde a en tête l'exemple du commerce ou du cafetier souhaitant empiéter sur le trottoir devant sa vitrine. Ce sont sans doute les cas de dispense suivants qui seront avancés, en pratique, pour régir cette situation.

Tout d'abord, l'autorité compétente est dispensée d'organiser une sélection entre des candidats lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité mais elle doit procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre (CGPPP, art. L.2122-1-1, al. 2).

On cherchera en vain une dispense similaire en droit de la commande publique. Ce cas de dispense de sélection est inspiré par le critère de la « rareté des ressources naturelles » posé par l'article 12-1 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. Il s'appréciera nécessairement au regard du champ géographique ressortissant à la compétence de l'autorité domaniale concernée.

En pratique, les caractéristiques de chaque dépendance n'étant pas toujours identiques, il faudra, à tout le moins, bien veiller à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution du titre comme l'impose l'article L. 2122-1-1 précité.

Ensuite, il existe un cas de dispense de sélection « lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause » (CGPPP, art. L. 2122-1-3, 1°). La formule est malheureuse, dès lors qu'elle s'oppose frontalement au principe selon lequel « Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public » (CGPPP, art. L. 2122-1).

Le rapport de présentation de l'ordonnance au président de la République semble permettre cette dispense « lorsqu'une seule personne est en droit susceptible d'occuper la dépendance en cause, par exemple en présence d'une exclusivité justifiée par des raisons artistiques et culturelles ou tenant à des droits d'exclusivité ». Néanmoins, cette explication nous paraît plutôt expliquer le dernier cas de dispense commenté ci-après, très remarqué.

En l'attente d'une jurisprudence ou clarification législative levant toute contradiction, recourir à ce cas de dispense est, en pratique, peu sécurisant.

Enfin, on s'arrêtera sur le très séduisant cas de dispense applicable « 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 » (CGPPP, art. L. 2122-1-3, 4°).

Là encore, ce cas de dispense est dans l'esprit, très similaire à ceux prévus par les articles 30 I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (V. 3° et 10e) et 11 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession qui renvoient également aux raisons artistiques et culturelles ou tenant à des droits d'exclusivité évoquées par le rapport au président de la République précité.

Pour autant, on trouvera difficilement des exemples jurisprudentiels transposables en droit de la commande publique (V. not. CE, sect., 6 avr. 2007, Cne Aix-en-Provence, n° 284736 : JurisData n° 2007-071735 ;

Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 191 ; JCP A 2007, 2125 . – CE, 28 janv. 2013, Dpt Rhône, n° 356670 : JurisData n° 2013-001143 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 28).

Comme le précédent, ce cas de dispense semble, à ce stade, devoir être utilisé avec parcimonie.

MISE EN OEUVRE

L'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose notamment que « 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 revanche, l'ordonnance ne prévoit ni décret d'application, ni l'établissement d'un cahier des charges type fixant des conditions générales et déterminant des modalités générales de la publicité préalable contrairement, par exemple, à ce que prévoit l'article R. 3211-2 du Code général de la propriété des personnes publiques relatif aux aliénations du domaine de l'État.

L'« autorité compétente » devra faire preuve de professionnalisme et de responsabilisation tant en matière de publicité que de procédure de sélection suivie.

1. Mesures de publicité

L'ordonnance implique le plus souvent, de la part de « l'autorité compétente », une publicité pour le lancement d'une procédure de sélection dont la suffisance pourra être questionnée. On recherchera, en vain, des éléments d'appréciation dans les dispositions de l'ordonnance prévoyant une publicité et rien d'autres en cas d'occupation de courte durée ou lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité (CGPPP, art. L. 2122-1-1) ou pour la justification du recours à une dérogation (CGPPP, art. L. 2122-1-3).

Préalablement au lancement de la procédure de sélection, l'autorité compétente devra donc s'interroger sur la vraisemblance des candidats potentiels, sans considération de nationalité ou de taille, afin de tous les informer de son intention de délivrer un titre domanial. L'autorité compétente devra être en mesure de justifier ses choix à l'instar de ce que nécessite la mise en œuvre d'une « procédure adaptée » en droit des marchés publics (V. not.D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 27, relatif aux marchés publics).

Dans les cas où l'autorité compétente estimera disproportionnée la publication d'un avis d'appel public à la concurrence, elle devra tout de même veiller à ce que la sollicitation directe des candidats potentiels intervienne concomitamment pour ne pas rompre l'égalité de traitement entre candidats.

En cas de publication d'un avis, le choix des supports de publicité sera notamment effectué en fonction de leur diffusion et de leur lectorat, des caractéristiques géographiques et techniques de la dépendance domaniale concernée et des secteurs économiques pouvant être intéressés (commerces, restaurants, attractions touristiques ou culturelles...).

Devront *a priori* être envisagées des publicités dans la presse quotidienne régionale, la presse spécialisée et, en fonction du montant de la redevance d'occupation domaniale escomptée, dans le BOAMP voire le JOUE. Cependant, d'autres modes de publicité, notamment dématérialisés, pourront également être mis en place pour certains gestionnaires de dépendances domaniales (V. toujours par analogie avec les aliénations du domaine de l'État, www.economie.gouv.fr/cessions).

Les informations suivantes devront vraisemblablement être portées à la connaissance des candidats potentiels : l'identité et les coordonnées de l'autorité compétente, l'emplacement et la superficie de la dépendance domaniale, l'objet des activités possibles en fonction des exigences de bonne utilisation de cette dépendance, la durée prévisionnelle du titre domanial, les grandes étapes de la procédure de sélection et, lorsque le montant de la redevance d'occupation domaniale ne sera pas l'unique critère de sélection entre les candidats, l'énonciation des autres critères retenus et des conditions de leur mise en œuvre.

On rappellera qu'en application du principe *Tu patere legem*, l'autorité compétente sera ensuite tenue de respecter la procédure de passation annoncée dans le cadre des mesures de publicité (V. pour un exemple

d'annulation confirmée, *CAA Paris, 31 mars 2011, n° 09PA06560, Elsbahani*).

2. Procédure de sélection des candidats

Lorsqu'une procédure de sélection sera nécessaire en application du premier alinéa de l'article L 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, il est probable que la négociation sera, en pratique, privilégiée pour favoriser la concurrence et retenir l'offre la mieux adaptée à la bonne utilisation des dépendances domaniales.

Aux termes de l'article R. 2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques, « *Le titre fixe la durée de l'autorisation et les conditions juridiques et financières de l'occupation ou de l'utilisation du domaine public* ».

S'agissant de la durée des titres domaniaux, la négociation devra tenir compte des deux paramètres de calcul mis en exergue par l'ordonnance (V. le dernier alinéa introduit à *CGPPP, art. L. 2122-2*). Il s'agit de « ***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*** », ce qui ne surprend guère au vu de l'article 18 de la directive n° 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (même si les titres domaniaux ne sont pas des concessions au sens de cette directive).

Concernant « *l'amortissement des investissements projetés* », les praticiens pourront aisément raisonner par analogie au regard de l'abondante jurisprudence rendue en application de la Loi désormais dite « Sapin I » (*L. n° 93-122, 29 janv. 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*). En revanche, concernant le paramètre de la « *rémunération équitable et suffisante des capitaux investis* », raisonner par analogie s'avérera certainement plus délicat même si la prise en compte du bénéfice n'est pas, à proprement parler, nouvelle dans l'appréciation des relations entre le gestionnaire du domaine et l'occupant (V. not. *CE, 31 juill. 2009, n° 316534, Sté Jonathan Loisirs :JurisData n° 2009-006579*).

S'agissant des autres conditions juridiques et financières de l'occupation domaniale, les discussions devraient porter, entre autres, sur le montant de la redevance (qui tiendra compte « *des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* » en application de *CGPPP, art. L. 2125-3*), sur le contenu de l'activité économique envisagée (en prenant garde de ne pas fixer des exigences telles que cette activité puisse être qualifiée de service public) et sur le délai de réalisation des investissements envisagés.

L'autorité compétente veillera à la traçabilité de la négociation par une documentation dédiée comprenant notamment une grille de négociation et des comptes rendus de négociation. Dès lors qu'elle pourra être amenée à justifier son respect de l'égalité de traitement entre les candidats, l'autorité compétente se gardera de poser des questions différentes hormis pour éclaircir la consistance de certaines offres.

Lors de la signature du titre domanial, il faudra s'assurer que « l'autorité compétente » soit effectivement décisionnaire étant observé que, selon les types de dépendances, l'autorité compétente n'est pas toujours identique au sein d'une même personne morale (V., par exemple, les questions de compétence fréquemment soulevées entre exécutif et organe délibérant en matière de voirie).

Une fois le titre domanial délivré, une publicité adéquate de celui-ci sera nécessaire de façon à faire courir les délais de recours. En effet, seront possibles des recours en contestation de validité du contrat si le titre est délivré par contrat (*CE, 2 déc. 2015, n° 386979, École centrale de Lyon : JurisData n° 2015-027044 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 50*), et des recours en excès de pouvoir si le titre est délivré unilatéralement. En revanche, des référés précontractuels et contractuels ne seront *a priori* pas ouverts aux concurrents évincés (*CE, 3 déc. 2014, n° 384170, Tisseo : JurisData n° 2014-029578 ; JCP A 2014, act. 983*).

OUTILS

1. Check-list

- Vérifier si un cas de dispense peut être utilisé (procédure simplifiée, exceptions, dérogations...) avant de lancer une procédure de sélection entre des candidats potentiels ;
- ne pas créer de nouveaux cas de dispense de sélection des candidats, en l'état de la jurisprudence communautaire, quand bien même les cas de dispense cités par le Code général de la propriété des personnes publiques ne sont pas exhaustifs ;
- faire primer, en cas de choix entre plusieurs cas de dispense, l'identification de celui le plus approprié au cas d'espèce et non les conditions procédurales à suivre ;
- en cas de mise en concurrence, s'interroger sur la vraisemblance des candidats potentiels pour définir les formalités de publicité et de mise en concurrence nécessaires ;
- choisir des supports de publicité en fonction de leur diffusion et de leur lectorat, des caractéristiques géographiques et techniques de la dépendance domaniale concernée et des secteurs économiques pouvant être intéressés ;
- porter à la connaissance des candidats, outre des informations relatives à la procédure de passation, l'identité et les coordonnées de l'autorité compétente, l'emplacement et la superficie de la dépendance domaniale, les activités possibles et la durée prévisionnelle du titre domanial ;
- privilégier la négociation pour pouvoir notamment discuter avec les candidats de la durée prévisionnelle, du montant de la redevance, du contenu de l'activité économique et du délai de réalisation des investissements envisagés ;
- pouvoir justifier ses choix et veiller à la traçabilité de la négociation par une documentation dédiée ;
- procéder à une publicité adéquate en fin de procédure.

Â© LexisNexis SA