

Le régime juridique des autorisations d'occupation privatives du domaine

Une commune située sur le littoral héraultais avait transmis au bureau du contrôle de légalité une délibération de son conseil municipal approuvant une autorisation d'occupation privative du domaine public conclue avec un opérateur économique pour une durée d'une année. Toutefois, les deux années précédentes, le conseil municipal avait adopté deux délibérations afin d'autoriser la délivrance d'autorisations identiques avec l'opérateur en question. Néanmoins, les parcelles mises à disposition dans le cadre de cette convention appartiennent au domaine public de la commune et l'opérateur souhaitait y exercer une activité économique. Or, aucune mise en concurrence préalable à la conclusion de la convention n'avait été mise en place et ce, sans aucune justification.

De manière générale, les collectivités du département de l'Hérault rencontrent des difficultés dans l'application des règles du CG3P, et la délivrance de ce type d'autorisation en violation des règles de concurrence est récurrente. Même si les autorisations d'occupation privatives du domaine public ne font pas partie des axes prioritaires du bureau du contrôle de légalité, ils font l'objet d'un contrôle régulier. C'est la raison pour laquelle il a semblé opportun de rappeler les règles régissant la délivrance de ces autorisations.

- **Qu'est-ce qu'une autorisation d'occupation privative du domaine ?**

L'article L. 21211-1 du CG3P permet la possibilité d'utiliser de manière privative une dépendance du domaine public, sous réserve de l'autorisation préalable du domaine et que cette occupation soit conforme à son affectation. Le gestionnaire du domaine octroie ladite autorisation (nécessairement écrite) soit en délivrant une autorisation unilatérale, soit par un contrat. Des droits réels peuvent être conférés par l'autorisation, afin de faciliter les investissements assumés par l'occupant.

L'autorisation d'occupation est temporaire et personnelle :

– Le caractère temporaire des autorisations est lié aux principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité du domaine public. L'occupation est subordonnée à un titre d'occupation, qui doit être délivré pour une durée déterminée.

– L'autorisation est en principe incessible, de même qu'il n'existe pas non plus de droit acquis au bénéfice d'une autorisation privative du domaine public ni d'aucun droit au renouvellement.

Par ailleurs, l'autorisation d'occupation est précaire et révocable et peut prendre fin :

– Au début de l'occupation (par « péremption » du titre si son bénéficiaire n'en a pas fait usage dans le délai fixé par ce titre) ;

– Au cours de l'occupation (par renoncement de l'occupant, par retrait ou résiliation de l'autorisation pour motif d'intérêt général ou pour inexécution des conditions techniques ou financières du titre) ;

– À son terme (à l'expiration du délai fixé par le titre.

Enfin, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article L. 2125-1 du CGCT, toute occupation ou utilisation du domaine public donne lieu **au paiement d'une redevance.**

- **L'occupation privative du domaine public**

Conformément à l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques, ci-après CG3P, **l'occupation d'une dépendance du domaine public doit nécessairement être préalablement autorisée par la personne publique.**

De plus, l'occupation du domaine public doit être conforme à l'affectation du domaine public ou compatible avec celle-ci (Article L.2121-1 CG3P).



Avant de conclure une convention d'occupation du domaine public permettant à son titulaire d'exercer une activité économique, la personne publique doit systématiquement organiser une mise en concurrence.

En effet, l'article L.2122-1-1 du même code précise que lorsqu'une convention d'occupation du domaine public 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.

Qu'est-ce que l'impartialité et la transparence signifient ?

- Tous les opérateurs doivent être traités de la même manière ;
- Tous les opérateurs potentiellement intéressés par l'occupation doivent être mis à même de répondre ;
- Les règles de sélection doivent permettre de choisir le meilleur opérateur, de façon impartiale, en faisant l'objet d'une publicité dès le départ.

Dès lors, la personne publique doit :

- **Organiser une publicité dont la portée et la durée sont à déterminer au cas par cas ;**
- **Donner toutes les informations permettant aux opérateurs de savoir ce sur quoi porte la mise en concurrence ;**
- **Indiquer comment postuler, ce qu'il faut mettre dans la réponse et comment la sélection sera effectuée.**

Ainsi, **aucune procédure contraignante n'est imposée** aux personnes publiques mais ces dernières sont incitées à se rapprocher des procédures les moins contraignantes de mise en concurrence prévues pour les contrats relevant du CCP.

C'est notamment suite à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹ que l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a introduit dans le CG3P une obligation de publicité et de mise en concurrence pour les occupations du domaine public par des tiers en vue d'une exploitation économique.

De son côté, le juge administratif considère que la délivrance d'un titre d'occupation domaniale en vue d'exploiter une activité économique doit faire l'objet d'une forme de mise en concurrence².



Il existe toutefois des cas dans lesquels la personne publique n'est pas obligée d'organiser une procédure de sélection préalable préalablement à la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public :

Atténuations	Exceptions
Article L. 2122-1-1 CG3P : l'occupation est de courte durée ou le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité.	Article L. 2122-1-2 CG3P : <ul style="list-style-type: none">– La délivrance du titre 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 ;– 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 ;– L'urgence le justifie. La durée du titre ne peut alors excéder un an ;– Le titre a pour seul objet de prolonger

1 CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14

2 Conseil d'État, 2 décembre 2022, n°455033

	une autorisation existante.
Article L. 2122-1-4 CG3P : la délivrance intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée de la part de l'opérateur économique.	<p>Article L. 2122-1-3 CG3P :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ; - 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 ; - 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 ; - 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 ; - Des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient. <p>Article L.2122-1-3-1 CG3P : le titre d'occupation est destiné à l'installation et à l'exploitation d'un réseau de communications électroniques ouvert au</p>

	public.
→ Dans ce type d'hypothèse, la personne publique ne doit réaliser qu'une simple publicité préalable afin de s'assurer de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente.	→ Dans ce type d'hypothèse, la personne publique n'est pas tenue d'organiser une quelconque procédure de sélection préalable.



Lorsqu'elle fait usage de la dérogation prévue aux articles précités, **l'autorité compétente rend publiques les considérations de droit et de fait l'ayant conduite à ne pas mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L. 2122-1-1.**

- **L'occupation privative du domaine privé**

Conformément à l'article L. 2122-1 du CG3P, nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous. Le titre mentionné à l'alinéa précédent peut être accordé pour occuper ou utiliser une dépendance du domaine privé d'une personne publique par anticipation à l'incorporation de cette dépendance dans le domaine public, lorsque l'occupation ou l'utilisation projetée le justifie.

Lorsqu'une personne publique souhaite délivrer une autorisation d'occupation privative sur son domaine privé à un opérateur économique en vue de l'exploitation d'une activité économique, elle est tenue, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³, aux mêmes règles que celles régissant le domaine public.

En effet, même si le législateur français n'a pas appliqué cette obligation aux biens appartenant au domaine privé des personnes publiques, c'est **la CJUE qui l'a consacrée puisqu'elle ne fait aucune distinction selon que les dépendances en cause relèvent du domaine public ou du domaine privé.**

³ CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14

Les titres d'occupation délivrés pour l'exercice d'une activité économique sur le domaine public ou privé des personnes publiques présentent en effet les caractéristiques d'une autorisation au sens de la directive 2006/123 dite « services », en ce qu'ils constituent des actes formels devant être obtenus par les prestataires auprès des autorités compétentes pour pouvoir exercer leur activité.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, de telles autorisations, quelle qu'en soit la forme, unilatérale ou conventionnelle, doivent donc être soumises à une procédure de sélection entre les candidats potentiels lorsqu'elles sont en nombre limité.

Pour le domaine public, l'obligation de mise en concurrence, permettant de garantir l'impartialité et la transparence dans le choix du bénéficiaire du titre d'occupation, est fondée sur l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques tandis que, **pour le domaine privé, cette même obligation résulte directement des principes issus de la jurisprudence européenne**⁴. Toutefois, **pour le juge administratif français, il n'existe pas d'obligation de mise en concurrence pour un titre d'occupation délivré par une personne publique sur son domaine privé**⁵ lorsque celle-ci agit comme n'importe quel propriétaire privé. Autrement dit, lorsque l'autorité publique en cause agit en tant qu'administration réglementant une activité au titre de ses prérogatives de puissance publique, les contrats d'occupation de son domaine privé devront faire l'objet d'une mise en concurrence. À l'inverse, lorsqu'elle se comporte comme un opérateur ou bailleur privé, gérant son domaine privé sans prérogative particulière, elle pourra octroyer sans formalité particulière les titres d'occupation sur son domaine privé⁶.

Ainsi, en l'état actuel du droit, la jurisprudence du juge administratif français est en dissonance avec celle du juge européen. Il convient toutefois de rester très vigilant et il est conseillé d'appliquer une procédure de sélection préalable en cas de doute.

4 La Gazette des communes, Quelle convention pour l'occupation du domaine privé des collectivités, Léna Jabre, 10/03/2020

5 CE, 2 décembre 2022, n°460100

6 BCTG Avocats, 7 décembre 2022