

Mise en concurrence des autorisations d'occupation domaniales : commande publique en expansion ou univers parallèle ?

En cette période d'alignement de planètes, l'astrologie prédictive laissait depuis l'arrêt Jean Bouin⁽¹⁾ présager la fin d'une légende : celle de l'absence d'incidence de la concurrence sur la délivrance d'autorisation d'occupation du domaine public.

La construction prétorienne refusée, il a fallu consacrer, encore par ordonnance⁽²⁾, le remède à cette incohérence. Paradoxalement en France, sa prescription a été enclenchée après un arrêt révolutionnaire du 14 juillet 2016 de la Cour européenne de l'Union⁽³⁾ qui ne s'est pas prêtée au jeu de rôle entre jurislature et jurisprudence, tant l'incidence pour les opérateurs économiques prenait de l'importance.

L'univers de la commande publique dont on croyait les contours finis à force de réformes, de ratifications, se trouve à nouveau en pleine expansion, à moins qu'il ne s'agisse d'un univers parallèle, tant les similitudes sont criantes, tant il ne s'agit que de similitudes.

La concurrence est la matière noire qui traverse ces deux mondes qui, sans être en guerre désormais, demeurent en opposition. Territorialement, la rive domaniale reste fragilement endiguée par l'appel à manifestation d'intérêt au point de céder au moindre besoin ou désir public pour tomber dans la commande publique formalisée. Substantiellement, l'exploitation économique⁽⁴⁾ constitue le champ de force dont il faut s'extraire pour ne pas s'y soumettre : sans exploitation économique, point de concurrence.. Temporellement, ces univers ont des séquences de vie limitées, au point de se voir partager des durées comparables avec ou sans concession pour une « rémunération équitable » d'investissements plus ou moins consé-

quents⁽⁵⁾ : dans tous les cas, la durée des autorisations est désormais encadrée.

Il semble que la matière noire doit être dénommée, de manière plus réaliste nous disent les spécialistes, la matière transparente... sorte de garantie d'impartialité à la manifestation d'un « intérêt pertinent ». Elle conserve toutefois sa face sombre à la concurrence en cas d'urgence ou d'« amiable » délivrance lorsque par exemple les caractéristiques particulières de la dépendance conduisent à ne pouvoir en dépendre⁽⁶⁾, ou à moins qu'une infructuosité ait pu surprendre, ce qu'il ne faudra pas manquer de rendre public dans ce domaine.

Reste que dans cette équation d'une commande publique qui ne tombe pas juste, les conditions de transparence ne sont pas jusqu'au bout assumées pour avoir laissé échapper les conditions d'attribution au contrôle du juge habituel du respect d'un tel principe⁽⁷⁾, pour avoir écarté les sanctions qui pénalisent en principe la matière⁽⁸⁾.

Puisque justement, l'autorisation accordée n'est pas une commande affirmée, un monde parallèle est plutôt consacré pour ne pas mélanger des principes dont la portée s'excipe de leur singularité.

Nicolas Charrel

Avocat au Barreau de Paris

Avocat européen à la Cour du Luxembourg

(1) CE sect., 3 décembre 2010, Ville de Paris, req. n° 338272.

(2) Ord. n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

(3) CJUE 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et C-67/15 ; *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 169, 2016, p. 70, note Ph. Proot.

(4) Principe de mise en concurrence des autorisations accordées en vue d'une exploitation économique : CG3P, art. L. 2122-1-1.

(5) Limitation de la durée des autorisations : CG3P, art. L. 2122-2.

(6) Condition de délivrance à l'amiable : CG3P, art. L. 2122-1-3.

(7) Absence d'application des dispositions relatives aux référés pré-contractuels et contractuels aux procédures de mise en concurrence des autorisations domaniales.

(8) Absence d'application probable du délit d'octroi d'avantage injustifié, l'article 432-14 du Code pénal ne visant que les marchés publics et les concessions. Sous réserve que la jurisprudence ne retienne pas une lecture extensive de la « commande publique » comme elle a pu le faire dans l'arrêt relatif à France Télévision : Cass crim., 17 février 2016, n° 15-85.363.