

2177

Les contrats de sous-occupation du domaine public doivent-ils être précédés d'une procédure de sélection préalable ?

Étude rédigée par :

Thomas VASEUX,

avocat au Barreau de Paris,

De Gaulle Fleurance & Associés

L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques soumet la délivrance des titres d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique à l'organisation préalable d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. Elle reste toutefois muette sur l'applicabilité de cette obligation aux contrats de sous-occupation du domaine public, ce qui génère une incertitude juridique dont les conséquences pratiques sont loin d'être négligeables.

1 - Le principe de l'organisation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable à la délivrance des titres d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique, prévu par l'article 3 de l'ordonnance du 19 avril 2017 insérant un nouvel article L. 2122-1-1 au sein du Code général de la propriété des personnes publiques, est le résultat d'une longue évolution qu'il convient de rappeler brièvement. Dans un premier temps, le Conseil de la concurrence avait décidé que les conventions domaniales conclues sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence devaient être sanctionnées comme contraires au droit interne de la concurrence dès lors que le domaine en cause était le siège d'activités économiques¹. En dépit de l'absence de dispositions à cet égard dans le Code général de la propriété des personnes publiques issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, certaines juridictions du fond se sont fondées sur le principe de transparence issu du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) pour considérer que les titres d'occupation du domaine public devaient être précédés d'une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence². Dans un deuxième temps, le Conseil d'État a tranché la question en considérant dans un arrêt *Jean Bouin* « qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la

délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public »³.

Le troisième temps est venu avec l'arrêt *Promoimpresa*⁴ par lequel la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur une législation nationale permettant une prorogation automatique des « concessions » en cours sur le domaine public (ce qui visait en réalité les simples autorisations d'occupation du domaine public et non les concessions au sens de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 et du Code de la commande publique). La Cour a considéré que ces titres d'occupation devaient faire l'objet d'une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence sur la base de deux fondements juridiques. En premier lieu, la Cour se fonde sur la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, en considérant que ces titres d'occupation peuvent être qualifiés « d'autorisations » au motif qu'ils constituent, au sens de l'article 4 de la directive, « des actes formels devant être obtenus par les prestataires auprès des autorités nationales afin de pouvoir exercer leur activité économique ». En conséquence, la Cour de justice applique à

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

2. TA Nîmes, 24 janv. 2008, n° 0620809, Société des trains touristiques G. Eisenreich : Contrats – Marchés publ. 2010, comm. 391, note G. Eckert ; Dr. adm. 2008, comm. 6, note L. Battoue ; AJDA, 2008, p. 2172, note Jean-David Dreyfus.

3. CE, 3 déc. 2010, n° 338272, Ville Paris et Assoc. Paris Jean Bouin : JurisData n° 2010-022712 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 25, note G. Eckert ; JCP G 2010, 1246, note J.-G. Sorbara ; RJEP 2011, comm. 20, note C. Maugué ; Dr. adm. 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; JCP A 2011, 2043, note C. Devès ; AJDA 2011, p. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser ; BJCP 74/2011, p. 36, concl. N. Escaut.

4. CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, Proimpresa Srl c/ Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, Regione Lombardia : JurisData n° 2016-015812 ; JCP A 2016, act. 641 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 291 ; AJDA 2016, p. 2176, note R. Noguellou ; BJCP 2017, p. 36, obs. Ph. Terneyre ; GDDAB, Dalloz, 3^e éd., 2018, comm. Noguellou.

ces titres d'occupation l'article 12 de cette directive imposant, lorsque le nombre de ces autorisations est limité en raison de la rareté des ressources naturelles disponibles, l'organisation d'une procédure de sélection entre les candidats potentiels à l'attribution de l'autorisation devant répondre à toutes les garanties « *d'impartialité et de transparence, notamment de publicité adéquate* ». En second lieu, pour les titres d'occupation qui n'entreraient pas dans le champ d'application de la directive « Services », la Cour considère qu'ils doivent respecter les règles fondamentales des traités européens et plus précisément l'article 49 du TFUE relatif à la liberté d'établissement qui sous-tend le principe de transparence. Dans cette hypothèse, les titres d'occupation doivent toutefois présenter un intérêt transfrontalier certain.

C'est en ce sens que l'article 34 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 ») habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure tendant à moderniser et simplifier « *les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable applicables à certaines autorisations d'occupation et de préciser l'étendue des droits et obligations des bénéficiaires de ces autorisations* ». L'article 3 de l'ordonnance du 19 avril 2017 précitée a ainsi complété le Code général de la propriété des personnes publiques en soumettant les titres d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique à l'organisation d'une procédure de publicité et de sélection préalable, tout en consacrant des allègements et des dérogations à cette obligation.

La sous-occupation du domaine public n'est pas évoquée dans l'ordonnance du 19 avril 2017. Ceci n'apparaît de prime abord guère étonnant car le régime de la sous-occupation du domaine public est presque exclusivement jurisprudentiel, notamment s'agissant de la subordination de principe de toute sous-occupation à un agrément de la personne publique⁵ ou encore de la fin anticipée du contrat de sous-occupation à l'expiration du contrat d'occupation principal⁶. Tout au plus le Code général de la propriété des personnes publiques évoque la sous-occupation en son article L. 2331-1 faisant référence à la compétence du juge administratif pour connaître des litiges relatifs « *aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordés ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires* ».

Le silence de l'ordonnance du 19 avril 2017 quant à la sous-occupation suscite toutefois une incertitude juridique quant à l'applicabilité de la procédure de sélection préalable à la délivrance des contrats de sous-occupation et peut donner lieu à deux lectures opposées de cette problématique (1). Cette incertitude n'a pas été levée et a même été renforcée par la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024, rendant d'autant plus nécessaire une clarification qui se fait toujours attendre (2).

1. La double lecture possible de l'ordonnance du 19 avril 2017 quant à l'applicabilité de la procédure de sélection préalable aux contrats de sous-occupation du domaine public

2 - En première analyse, il pourrait être permis de penser que, faute d'être visés expressément par l'article 3 de l'ordonnance du

19 avril 2017, les contrats de sous-occupation du domaine public seraient exclus de son champ d'application (A). Toutefois, une lecture davantage « constructive » pourrait, à l'inverse, faire regarder les contrats de sous-occupation du domaine public comme soumis à l'obligation de sélection préalable au motif que cette dernière s'appliquerait indifféremment du degré d'occupation envisagée (B).

A. - La thèse de l'exclusion implicite des titres de sous-occupation du champ de la procédure de sélection préalable

3 - À la lecture littérale de l'ordonnance du 19 avril 2017, aucune règle n'impose explicitement l'organisation d'une procédure de sélection préalable à la conclusion des contrats de sous-occupation. Ce faisant, les contrats de sous-occupation pourraient être regardés comme étant susceptibles d'être conclus de gré à gré.

Cette interprétation apparaît confortée à la lecture de l'article 3 de l'ordonnance du 19 avril 2017 à l'aune de l'article 34 de la loi Sapin 2 habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures relatives aux « *règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable applicables à certaines autorisations d'occupation et de préciser l'étendue des droits et obligations des bénéficiaires de ces autorisations* ». L'habilitation au Gouvernement semblait ainsi distinguer les principes devant régir les occupations de ceux s'appliquant aux sous-occupations. L'étude d'impact présentée dans le cadre de la loi Sapin 2 distinguait également clairement les règles à prendre pour les occupations et les règles à prendre pour les sous-occupations. Elle soulignait ainsi la nécessité de « *créer, dans certaines conditions, une obligation de publicité et de mise en concurrence préalable à la délivrance du titre d'occupation* » et de « *formaliser un régime juridique clair pour les sous-occupations* » en établissant « *un bloc de compétence unique au profit du juge administratif en la matière en encadrant les modalités dans lesquelles une sous-occupation peut être accordée par un occupant (accord, avis préalable du propriétaire etc.)* »⁷.

Il pourrait en être déduit que la procédure de sélection préalable était envisagée uniquement pour les titres d'occupation et non pour les titres de sous-occupation, pour lesquels des règles différentes avaient vocation à être édictées. Dans cette hypothèse, l'ordonnance du 19 avril 2017 n'aurait pas épuisé l'habilitation législative en ne prévoyant pas les règles applicables aux sous-occupations. Certains auteurs considèrent alors que, faute pour les sous-occupations d'être abordées au sein de l'ordonnance du 19 avril 2017, l'occupant du domaine public peut continuer à contracter librement avec les sous-occupants qu'il choisit⁸.

En outre, soulignons qu'admettre une obligation de publicité et de mise en concurrence préalable à la délivrance des conventions de sous-occupation viendrait heurter la pratique, notamment lorsque ces titres sont délivrés par des personnes privées, qui échappent en principe aux règles prévues par le Code de la commande publique en matière de marchés publics ou de concessions, sauf à être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices. Il peut ainsi paraître de prime abord étonnant que l'obligation procédurale attachée à l'occupation du domaine public soit en réalité plus contraignante, par son champ d'application, que les obligations attachées à la passation des marchés publics et des concessions.

5. CE, 24 sept. 2003, n° 203268, Société Coquelicot Promotion ; CAA Paris, 15 déc. 2016, n° 15PA02991, Société O Reve.

6. CE, 2 avr. 2003, n° 237968, Saurin ; JurisData n° 2003-065301 ; JCP A 2003, 1486, note J. Moreau.

7. Étude d'impact sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 30 mars 2016.

8. S. Daboussy, A. Gaudon, Les conventions d'occupation du domaine public confrontées au droit de la concurrence : CP-ACCP 2017 ; S. Braconnier, Retour sur quelques questions intéressantes les opérations immobilières des personnes publiques : RDI, 2018, p. 8.

Pourtant, si cette thèse apparaît instinctivement séduisante, elle doit être relativisée, une autre lecture de l'ordonnance du 19 avril 2017 étant possible.

B. - La thèse de l'indifférence du « degré » d'occupation sur l'applicabilité de la règle de la sélection préalable

4 - Une lecture davantage « constructive » de l'ordonnance du 19 avril 2017 peut en effet conduire à retenir une interprétation inverse à celle qui vient d'être présentée.

L'article L. 2122-1-2 du Code général de la propriété des personnes publiques prévoit que la procédure de publicité et de sélection préalable des occupants s'applique à l'attribution des titres d'occupation ou d'utilisation mentionnés à l'article L. 2122-1 de ce Code. Cet article prévoit l'obligation de disposer d'un titre pour occuper le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

Or, il est possible de considérer que le titre habilitant à occuper les dépendances du domaine public visé à l'article L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (et qui permet de déterminer le champ d'application de la procédure de sélection préalable) fasse référence aussi bien aux titres d'occupation du domaine public délivrés aux occupants « de premier rang » qu'à ceux délivrés par cet occupant à des sous-occupants. En effet, rien n'indique que le titre visé à l'article L. 2122-1 du Code précité se limite à celui délivré à l'occupant principal du domaine public.

À cet égard, l'application des règles relatives à l'occupation ou l'utilisation du domaine public n'est en principe pas déterminée en fonction du « degré » d'occupation, mais uniquement en raison de la domanialité publique de la dépendance occupée. Peu importe, en réalité, que l'occupation soit une occupation de premier ou de second rang.

C'est d'ailleurs en ce sens qu'un sous-occupant du domaine public dont le contrat de sous-occupation s'est achevé, et qui ne bénéficie pas d'un nouveau contrat de sous-occupation et d'un agrément afférent⁹, doit être regardé comme ne disposant pas de titre lui permettant d'occuper le domaine public (au sens donc de l'article L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques), et est susceptible d'être expulsé dudit domaine¹⁰. Peuvent également être citées les dispositions de l'article L. 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques subordonnant l'occupation ou l'utilisation du domaine public au paiement d'une redevance et qui s'appliquent aussi bien aux occupations qu'aux sous-occupations¹¹. D'ailleurs, l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques donnant compétence au juge administratif pour connaître des litiges relatifs aux titres d'occupation délivrés par les personnes publiques et leurs concessionnaires ne distingue pas explicitement la sous-occupation de l'occupation principale. La sous-occupation est en effet assimilée à une occupation classique, simplement consentie par le concessionnaire occupant.

En outre, comme le relève un auteur avisé, la procédure de sélection préalable prévue à l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques s'applique « non pas en considération de la personne délivrant le titre, mais en considération de l'appartenance de la dépendance sur laquelle il porte au domaine public de l'une

des personnes publiques visées à l'article L. 1 »¹², de sorte qu'une telle procédure pourrait alors, sur le plan des principes, s'appliquer préalablement à la conclusion des contrats de sous-occupation.

Enfin, il n'est pas non plus certain que l'arrêt *Promoimpresa* du 14 juillet 2016 précité dont s'inspire l'ordonnance du 19 avril 2017 s'interprète comme s'appliquant uniquement aux occupations du domaine public, à l'exclusion des sous-occupations. Le raisonnement de la Cour de justice, selon lequel les titres d'occupation du domaine public doivent être regardés comme des autorisations au sens de la directive « Services », pourrait éventuellement être transposé à la conclusion des contrats de sous-occupation, et plus précisément à l'agrément de la personne publique nécessaire à toute sous-occupation du domaine public. En effet, le régime d'obtention de cet agrément pourrait s'assimiler à un régime d'autorisation au sens de l'article 4 de la directive « Services », défini comme « toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice ». Ce faisant, le processus de délivrance des titres de sous-occupation nécessitant l'agrément préalable de la personne publique pourrait être soumis à la procédure de sélection préalable prévue par l'article 12 de la directive « Services ». A notre connaissance, cette interprétation n'a toutefois pas été validée en jurisprudence, et reste ainsi délicate à apprécier.

Au final, une lecture attentive de l'ordonnance du 19 avril 2017 et sa mise en perspective avec les règles afférentes à l'occupation du domaine public peuvent conduire à une lecture totalement opposée à celle présentée initialement, faisant naître une incertitude juridique substantielle. Cette incertitude a été confirmée par la loi du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024, rendant d'autant plus nécessaire une clarification du législateur sur ce point.

2. La nécessaire clarification de l'incertitude juridique pesant sur les contrats de sous-occupation du domaine public confirmée par la loi relative à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024

5 - En l'absence, à notre connaissance, de précédent jurisprudentiel concernant l'applicabilité de la procédure de sélection préalable aux contrats de sous-occupation du domaine public, cette problématique a été mise en évidence par l'édiction de la loi du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024 qui n'a pourtant pas permis de lever totalement les doutes à ce sujet (A). Une clarification du législateur apparaît ainsi indispensable au regard des risques encourus (B).

A. - Une incertitude juridique maintenue par la loi du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024

6 - Le premier alinéa de l'article 17 de la loi du 26 mars 2018 précitée dispose en effet que l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (prévoyant l'obligation de publicité et de sélection préalable à la délivrance des titres d'occupation du domaine public) n'est pas applicable lorsque le comité d'organisation des Jeux olympiques et paralympiques délivre « des titres de sous-

9. CAA Marseille, 27 févr. 2007, n° 04MA00652, *Société Escota* : *JurisData* n° 2007-330560 ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 153, note G. Eckert.

10. CE, 9 déc. 2015, n° 391961, *Société La Perla Romana* : *JurisData* n° 2015-027551 ; JCP A 2016, act. 27 ; CAA de Lyon, 1^{er} févr. 2018, n° 16LY04419 ; TA Paris, 7 nov. 2014, n° 1422891.

11. CAA Lyon, 1^{er} févr. 2018, préc. ; TA Nantes, 21 févr. 2017, n° 1404758.

12. Ph. Hansen, *Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics* : *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 77-50, point 36.

occupation sur ces mêmes dépendances aux partenaires de marketing olympique au sens du contrat de ville hôte ».

Ainsi, cet article semble confirmer, par une lecture *a contrario*, que les dispositions de l'article L. 2122-1-1 imposant une mise en concurrence sont effectivement applicables aux sous-occupations du domaine public.

Dans l'avis du 9 novembre 2017 sur le projet de loi, le Conseil d'État considère que la dérogation à la procédure de sélection préalable prévue à l'article L. 2122-1-1 du code précité pour les titres de sous-occupation délivrés par le comité d'organisation des Jeux olympiques et paralympiques aux partenaires marketings olympique au sens du contrat ville-hôte est « compatible avec l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 12 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, tels qu'interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Promoinpresa Srl* (préc.) du 14 juillet 2016, dès lors que l'organisation d'une procédure de sélection préalable s'avère en l'espèce impossible ou non justifiée »¹³. En effet, la procédure de sélection préalable à la délivrance de titres d'occupation du domaine public s'avérait incompatible au regard des droits exclusifs déjà accordés par le Comité International Olympique à ses partenaires de marketing olympique, au titre des engagements pris dans le cadre de l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques. Le Conseil d'État n'a pas relevé que la procédure de sélection préalable n'était pas applicable aux titres de sous-occupation, et les juges du Palais-Royal admettent au contraire la dérogation envisagée à cette procédure. Ceci implique qu'à défaut d'une telle dérogation, les titres de sous-occupation devraient être soumis à une procédure de sélection préalable.

Toutefois, il ne faudrait pas considérer que la loi du 26 mars 2018 règle la question en retenant la thèse de l'applicabilité de l'obligation d'organiser une procédure de sélection préalable à la conclusion des contrats de sous-occupation du domaine public.

L'étude d'impact sur le projet de loi relevait en effet l'incertitude qui prédominait à cet égard : « le contenu de l'article d'habilitation, les éléments de doctrine et l'absence de jurisprudence topique sur le sujet, compte tenu de l'entrée en vigueur récente des dispositions de l'ordonnance, ne permettent pas d'exclure, par principe, l'application de l'article L. 2122-1-1 du CG3P aux sous-contrats d'occupation ou d'utilisation du domaine public ». Elle relevait toutefois que le fait de ne pas appliquer la procédure de sélection préalable aux sous-occupations du domaine public pourrait constituer un détournement de procédure notamment lorsqu'une entité « en situation de quasi-régie avec l'autorité publique – entrant donc dans le champ des exceptions à l'obligation de publicité et de sélection préalable – pourrait délivrer, sans mise en concurrence, des titres d'occupation à des entreprises préalablement désignées par l'autorité publique »¹⁴. Cet argument milite d'ailleurs en faveur d'une applicabilité de la procédure de sélection préalable à la délivrance des contrats de sous-occupation du domaine public. Il pourrait toutefois être rétorqué que le détournement de procédure envisagé pourrait être sanctionné à cet égard de manière autonome sans qu'il soit nécessairement requis de soumettre la délivrance des titres de sous-occupation à une procédure de sélection préalable. Il suffirait en effet de caractériser l'intention de la personne publique en cause à se soustraire délibérément à la règle de la sélection préalable par le biais d'une entité en quasi-régie (par exemple si l'entité est créée uniquement aux fins de conclure un contrat de sous-occupation, etc.).

13. CE, avis, 9 nov. 2017, sur le projet de loi relatif à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024.

14. Étude d'impact du projet de loi relatif à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques 2024, nov. 2017, p. 68.

En outre, le rapporteur du projet de loi devant le Sénat avait admis que, dès lors que le projet de loi avait vocation à « ne porter exclusivement que sur l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques », il n'était pas « le texte approprié pour lever les doutes précédemment évoqués » relatifs à l'applicabilité de la procédure de sélection préalable aux contrats de sous-occupation du domaine public.

En conséquence, la loi du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques de 2024 a davantage nourri l'incertitude juridique résultant de l'ordonnance du 19 avril 2017 qu'elle ne l'a réglée. Une clarification s'impose alors au vu des risques juridiques encourus.

B. - La nécessité d'une clarification au regard des risques juridiques pesant sur la conclusion des contrats de sous-occupation du domaine public

7 - Sur le plan des principes, cette incertitude persistante fait en effet peser un risque juridique théorique substantiel sur la délivrance des contrats de sous-occupation du domaine public.

En effet, dans l'hypothèse où le contrat de sous-occupation du domaine public est qualifié de contrat administratif, il pourrait faire l'objet notamment d'un recours en contestation de validité du contrat en application de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*¹⁵ qui a été étendue aux conventions d'occupation du domaine public¹⁶. Un opérateur économique qui aurait eu intérêt à conclure le contrat de sous-occupation du domaine public pourrait ainsi être regardé comme « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses » et être ainsi recevable à tenter un tel recours. L'absence de sélection préalable constituerait une irrégularité substantielle qui pourrait justifier la résiliation du contrat de sous-occupation, voire plus probablement son annulation¹⁷.

Dans l'hypothèse où le contrat de sous-occupation du domaine public serait qualifié de contrat de droit privé (ce qui constitue le cas de figure le plus fréquent), ce contrat pourrait faire l'objet d'une action en nullité devant le juge judiciaire dans les conditions de droit privé. À cet égard, la nullité du contrat de sous-occupation du domaine public encourue pour ce motif devrait être absolue au sens de l'article 1179 du Code civil, dès lors que l'obligation de publicité préalable et de mise en concurrence devrait être regardée comme ayant pour objet « la sauvegarde de l'intérêt général ». En outre, dans cette hypothèse, il ne peut non plus être exclu qu'un agrément de la personne publique délivré pour un sous-occupant qui n'a pas fait l'objet d'une procédure de publicité préalable et de mise en concurrence soit, à cet égard, irrégulier et susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

Outre les risques contentieux ci-dessus exposés, une incertitude pratique pèse sur les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'organiser une procédure de sélection préalable à la délivrance des contrats de sous-occupation. En effet, l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques confie à « l'autorité compétente » l'organisation de la procédure de publicité et de mise en concurrence. La notion d'autorité compétente devrait ainsi recouvrir en principe les personnes propriétaires ou gestionnaires du domaine public qui se sont vues concéder la gestion de celui-ci, par exemple les

15. CE, 4 avr. 2014, n° 358994 : *JurisData* n° 2014-006635 ; *Lebon* 2014, p. 70, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2014, 2152, comm. J.-F. Sestier ; *JCP A* 2014, 2153, comm. S. Hul ; *JCP A* 2014, 2329, chron. O. Le Bot ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, étude 5, Ph. Rees.

16. CE, 2 déc. 2015, n° 386979, École centrale de Lyon : *JurisData* n° 2015-027044 ; *Lebon T.* 2015, p. 667.

17. Par analogie avec la jurisprudence en matière de marchés publics (par exemple : *CAA Paris*, 11 déc. 2018, n° 17PA01588, *Société Steam France* : *JurisData* n° 2018-023418 ; *Contrats-Marchés publ.* 2019, comm. 38).

concessionnaires autoroutiers. La question paraît toutefois plus délicate en présence d'un occupant « classique » du domaine public, ce qui constitue au demeurant l'hypothèse la plus fréquente. Selon des auteurs de référence, il pourrait être argué que l'occupant délivrant le titre de sous-occupation soit soumis à l'obligation d'organiser une telle procédure¹⁸.

L'ensemble de ces éléments conduit à rendre nécessaire une clarification rapide de la part du législateur, notamment dans le cadre de la future loi de ratification de l'ordonnance du 19 avril 2017. En l'état, le projet de loi de ratification de cette ordonnance a été enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 12 juillet 2017. ■

MOTS-CLÉS : *Domaine / Patrimoine - Sous-occupation
Domaine / Patrimoine - Publicité et mise en concurrence*

18. C. Maugué, P. Terneyre, *Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPPP !* : AJDA 2017, p. 606.