

N°1 – FEVRIER 2009.

La soumission des conventions d'occupation du domaine public aux règles de publicité et de mise en concurrence

Jusqu'à une époque relativement récente, les personnes publiques se sont montrées peu intéressées par la gestion de leur domaine public.

Sous l'effet de la pression foncière notamment, elles ont toutefois commencé à prendre conscience de l'intérêt qu'elles pouvaient tirer d'une utilisation maximale de leur domaine au travers de la perception des redevances d'occupation.

Le juge administratif lui-même a participé de cette évolution en admettant que le non-renouvellement d'une occupation du domaine public pouvait être fondé sur le refus de l'occupant d'acquitter le montant de la redevance révisée sollicitée.

Il reste que l'optimisation de l'utilisation de leur domaine public par les personnes publiques ne s'était jamais traduite par une obligation de mise en concurrence des pétitionnaires même si, en pratique, une mise en concurrence pouvait exister.

La seule exception à ce principe concernait, et concerne toujours, l'hypothèse dans laquelle la délivrance d'une occupation du domaine public n'est pas accordée dans le seul intérêt du pétitionnaire mais s'accompagne d'obligations de service public à la charge de l'occupant, par exemple dans le cas de concessions d'outillage public.

Ainsi a-t-il été jugé « *qu'une convention ayant notamment pour objet l'exploitation d'une fosse d'élevateurs de bateaux située sur le domaine public maritime avait le caractère d'une concession d'outillage public; que par suite, si elle porte autorisation d'occupation du domaine public et présente le caractère d'une concession domaniale, la convention charge également le concessionnaire d'une mission de service public ; qu'il suit de là que le tribunal administratif de Nice n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la convention litigieuse organisait une délégation de service public au sens des dispositions susvisées de la loi du 29 janvier 1993 et que la Chambre de commerce et d'industrie du Var devait dès lors respecter les procédures prévues par les dispositions de cette loi pour conclure cette convention* » (Conseil d'Etat, 20 décembre 2000, Chambre de commerce et d'industrie du Var, Rec, Tables. p. 1089, 1094, 1103).

Un jugement récent du Tribunal administratif de Nîmes pourrait toutefois venir modifier la donne (TA Nîmes, 24 janvier 2008, Société des trains touristiques G. Eisenreich, req. n° 0620809).

En effet, le juge de première instance a considéré que par nature, et alors même qu'en l'espèce la convention portant occupation du domaine public ne mettait pas à la charge de l'occupant des obligations de service public, cette convention devait faire l'objet de mesures de publicité et de mise en concurrence préalablement à sa conclusion.

La justification retenue réside dans le fait qu'« *une convention d'occupation du domaine public n'est pas exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats* ».

Sous l'angle de la théorie juridique, cette décision participe de la construction d'un régime unique des contrats publics.

Mais, de manière plus prosaïque, il s'agit en réalité pour le juge administratif de prendre en compte, quelle que soit la nature du contrat, sa dimension économique.

Jusqu'à présent, la circonstance qu'une autorisation d'occupation du domaine public permette la réalisation d'une activité économique avait été prise en compte par le juge administratif sous l'angle du respect des règles de concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie, celui-ci veillant à ce qu'une autorisation d'occupation du domaine public n'entraîne pas, par exemple, un abus de position dominante (Cour Administrative d'Appel de Paris, 4 décembre 2003, Société d'Équipement de Tahiti et des Îles, req. n° 00PA02740).

La décision du Tribunal administratif de Nîmes marque une nouvelle étape.

En tant que siège d'activités économiques, l'utilisation du domaine public doit intégrer l'exigence d'un principe de libre accès garanti par l'obligation d'une mise en concurrence systématique, alors que jusqu'à présent cette mise en concurrence systématique était seulement appliquée aux contrats permettant l'accès à la commande publique. L'obligation de mesures de publicité et de mise en concurrence a sous cet angle pour objet de permettre l'accès du domaine public à tout opérateur économique intéressé.

Bien évidemment, si ce jugement devait être confirmé, il obligera les propriétaires ou gestionnaires du domaine public fluvial à mettre en œuvre des procédures *ad hoc* de publicité et de mise en concurrence, à peine d'annulation des décisions d'attribution, dès lors que l'organisation légale ou réglementaire de telles procédures ne vaut aujourd'hui que pour certains contrats (délégations de service public, marchés publics, PPP).

Par Arnaud CHARVIN
Avocat
Docteur en Droit
Cabinet FIDAL

1/3



94, rue Saint-Lazare 75009 Paris
Tél / Fax : 01 42 78 36 60 - Courriel : la-seine-en-partage@orange.fr

www.seineenpartage.com



www.fidal.com