

Baux consentis sur le domaine privé immobilier des personnes publiques pour exercer une activité économique : la guerre entre l'Union et l'Hexagone aura-t-elle lieu ?



Par la section de droit public notarial

¹ P. YOLKA, « Baux commerciaux administratifs et mise en concurrence : concilier l'inconciliable ? » : *Loyers et copr.* 2019, alerte 39

² Concl. de l'Avocat général sur l'arrêt *Promoimpresa Srl* (C-458/14), point 109.

³ Points 39 à 46 (spé. note 7 du point 40) des concl. de l'Avocat général dans l'affaire *Promoimpresa Srl* (C-458/14).

⁴ Il convient de distinguer l'autorisation d'exploiter un service de la **concession** de service. Les dispositions de la directive « services » 2006/123 relatives aux régimes d'autorisation ne concernent pas (et ne sauraient s'appliquer à) la conclusion de contrats par les autorités compétentes pour la fourniture d'un service donné qui relève de règles relatives aux marchés publics, notamment celles de la directive « concessions » 2014/23.

⁵ L'autorisation fait l'objet d'un renouvellement automatique ou est subordonnée seulement à l'accomplissement continu d'exigences ; le nombre d'autorisations disponibles est limité par une raison impérieuse d'intérêt général ; ou une durée limitée d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général.

⁶ Directive services, art. 34.

⁷ CE, 10 juil. 2020, n° 434582, Sté Paris tennis.

⁸ CE, 3 déc. 2010, n°s 338272 et 338527, section, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin – discuté en doctrine.

Les règles applicables aux baux consentis sur le domaine privé immobilier des personnes publiques découlent d'une part de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et des règles posées par la directive « Service », d'autre part du droit interne français. Jusqu'à la décision rendue par le Conseil d'État le 2 décembre 2022, elles n'apportaient pas une réponse claire quant à la question de savoir si l'autorisation accordée pour l'exercice d'une activité économique devait, ou non, être soumise à une procédure de sélection transparente et préalable, ni sur celle de savoir si un renouvellement automatique de cette autorisation pouvait être accordé au bénéficiaire.

Les baux consentis par les personnes publiques sur leur domaine privé immobilier pour l'exercice d'une activité économique constituent l'objet d'un d'affrontement entre le droit de l'Union et l'ordre public interne. Après avoir analysé les forces en présence (I), nous présenterons l'état actuel du conflit (II) et tenterons de répondre à la question : peut-on concilier l'inconciliable¹ ? (III).

I. Les forces en présence

A. L'Union

I. Droit primaire et droit dérivé

Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») **protège l'activité économique au moyen des principes de liberté d'établissement** (TFUE, art. 49) **et de libre prestation de services** (TFUE, art. 56).

Ces articles sont dotés d'un effet direct (dans les États membres), en ce sens qu'ils peuvent être directement invoqués dans un litige². Cependant, dès lors qu'un domaine a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au sein de l'Union, toute mesure nationale y relative doit être appréciée au regard de ces dispositions, à l'exclusion du droit primaire³.

C'est le cas des articles 9 et suivants (relatifs à la liberté d'établissement des prestataires) et des articles 16 et suivants (relatifs à la libre prestation de services) de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 *relative aux services dans le marché intérieur*⁴ (ci-après « **directive services** ») qui, concrétisant les principes portés par les articles 49 et 56 du TFUE, constituent le droit dérivé applicable dans ce domaine. Notamment :

- L'article 9 concerne les conditions que doivent respecter les régimes d'**autorisation subordonnant l'accès à une activité** de service et son exercice.
- L'article 10 a pour objet les conditions d'octroi de l'autorisation.
- L'article 11 pose le **principe** suivant lequel **l'autorisation octroyée au prestataire ne doit pas avoir une durée limitée**, sous réserve d'exceptions⁵.
- L'article 12 prévoit un **encadrement dérogatoire** : (a) **lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables**, (b.1) une **procédure de sélection** entre plusieurs candidats doit être appliquée et (b.2) l'autorisation est octroyée pour une **durée limitée appropriée** et ne doit pas faire l'objet d'une

procédure de renouvellement automatique, ni prévoir tout autre avantage en faveur du prestataire dont l'autorisation vient juste d'expirer ou des personnes ayant des liens particuliers avec ledit prestataire.

Les États membres devaient transposer cette directive avant le 28 décembre 2009 au plus tard⁶, date à compter de laquelle elle est d'effet direct en France⁷.

2. Transposition

Alors que le Conseil d'État a jugé que la délivrance d'une autorisation ou la passation d'un contrat public d'occupation d'une dépendance du domaine public ne nécessitent aucune publicité préalable⁸, la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») a consacré dans l'arrêt *Promoimpresa*⁹ une **obligation de soumettre la délivrance de certains titres d'occupation du domaine public et privé à des procédures de sélection entre des candidats potentiels** sur le fondement de l'article 12 de la directive services et de l'article 49 du TFUE.

C'est pourquoi le Gouvernement a été habilité par 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 à prendre toute mesure du domaine de la loi tendant à moderniser et simplifier pour l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements ainsi que leurs établissements publics, 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.

Les mesures de droit interne ont été insérées aux articles L 2122-1 et suivants du CG3P¹⁰. Leur champ d'application est toutefois limité à l'**usage économique des dépendances du domaine public** (via un titre permettant soit d'occuper, soit d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique).

B. L'Hexagone

Le droit interne protège l'activité économique au moyen de statuts d'ordre public garantissant une certaine pérennité à son exploitation. Ainsi, le statut des baux

commerciaux¹¹, celui des baux professionnels¹² ou encore le statut du fermage¹³ procurent des avantages au preneur : droit au renouvellement, indemnité d'éviction, tacite reconduction, etc.

Ces baux à objet économique ne sauraient être conclus sur le domaine public, dont l'occupation ne peut être que temporaire, précaire et révocable¹⁴. Mais ils peuvent être conclus sur le domaine privé des personnes publiques sous réserve de respecter le statut d'ordre public qui s'impose¹⁵.

Or, lorsque les baux sont consentis par des personnes publiques, un conflit peut naître avec le principe de liberté d'établissement promu par le droit de l'Union en raison des avantages découlant du statut des baux économiques en cause¹⁶.

Si ce conflit est désormais réglé par le législateur en ce qui concerne l'usage économique des biens du domaine public¹⁷, aucune norme de droit interne n'encadre l'usage économique des biens du domaine privé des personnes publiques.

À ce stade, il convient de s'en remettre à la jurisprudence et à la doctrine administrative¹⁸.

II. État actuel du conflit

A. Jurisprudence

Dans l'arrêt du 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, la **CJUE pose en principe que l'article 12 de la directive services « s'oppose à une mesure nationale [...] qui prévoit la prorogation automatique des autorisations en cours sur le domaine maritime et lacustre »**, en l'espèce destinées à l'exercice d'activités touristique-récréatives, « en l'absence de toute procédure de sélection entre les candidats potentiels ».

Pourtant, la **Cour administrative de Bordeaux a, le 2 novembre 2021**¹⁹, rendu un **arrêt susceptible de limiter la portée de ces dispositions**. Dans cette affaire, les requérants soutenaient que la signature d'un bail emphytéotique, portant sur les murs et dépendances d'un bâtiment faisant partie du domaine privé d'une commune, aurait dû être précédée d'une procédure de mise en concurrence en application des garanties d'impartialité, d'égalité de traitement et de transparence en application de la jurisprudence communautaire. Leur requête a été rejetée.

Les juges administratifs considèrent en effet que la conclusion du bail emphytéotique est sans lien

⁹ CJUE, 14 juil. 2016, aff. C-458/14 et C67/15, *Promoimpresa Srl et Mario Melis e.a.* (ci-après affaire ou arrêt « *Promoimpresa* »)

¹⁰ Créés par l'ord. n° 2017-562 du 19 avr. 2017 relative à la propriété des personnes publiques applicable aux titres délivrés à compter du 1^{er} juil. 2017

¹¹ C. com., art. L 145-1 et s.

¹² Article 57-A de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière.

¹³ C. rur., art. L 411-1 et s.

¹⁴ CG3P, art. L 2122-2 et L 2122-3.

¹⁵ Tout en pouvant présenter certaines particularités :

P. YOLKA, « Le bail rural administratif » : JCP A 2008, 2263.

¹⁶ P. YOLKA, « Baux commerciaux administratifs et mise en concurrence : concilier l'inconciliable ? » : *Loyers et copr.* 2019, alerte 39 ; P. YOLKA, « Mise en concurrence des "baux ruraux administratifs" : la chèvre et le chou ? » : *RD rur.* 2019, comm. 50.

¹⁷ CG3P, art. L 2122-1 et s.

¹⁸ Le format de la publication nous empêche d'analyser ici la doctrine universitaire. Pour une étude approfondie, on pourra se reporter au *JurisClasseur Propriétés publiques* (Fasc. 7 : Propriété publique et droit de l'union européenne ; Fasc. 77-50 : Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics) et au *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics* (Fasc. 514 : mise en concurrence des titres d'occupations domaniaux).

¹⁹ CAA Bordeaux, 3^e ch., 2 nov. 2021, 19BX03590, Inédit.

²⁰ TJ Mans, 19 août 2021, n° RG 20/00813

²¹ Rép. min. n° 12868 : JOAN 29 janv. 2019, p. 861

²² Rép. min. n° 13180 : JO Sénat 30 janv. 2020, p. 537

²³ Rép. min. n° 41751 : JOAN 5 avr. 2022, p. 2257

²⁴ Nous soulignons.

²⁵ ...alors que selon la fiche d'impact, le rapport au Président de la République, le communiqué de presse du Conseil des ministres du 19 avr. 2017, présentant l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avr. 2017, et le communiqué de presse de Conseil des ministres du 12 juil. 2017, présentant le projet de loi de ratification, « la délivrance de certains titres d'occupation du **domaine public et privé** est [...] soumise à une procédure de sélection entre les candidats potentiels lorsque leur octroi a pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique sur le domaine ».

Les dispositions de l'art. L 2122-1, al. 2, paraissent éclairer cette apparente contradiction, le législateur ayant pris soin de préciser qu'**un titre d'usage du domaine public peut être attribué pour l'usage d'une dépendance du domaine privé par anticipation à l'incorporation de cette dépendance dans le domaine public**, lorsque l'occupation ou l'utilisation projetée le justifie.

²⁶ Concernant l'octroi d'autorisation du domaine public par les forains et circassiens, v. la circ. n° CPAE1727822C du 19 oct. 2017 relative à l'application des dispositions de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avr. 2017 aux professions foraines et circassiennes et l'inst. du 22 juil. 2019 modifiant la circ. qui apporte des précisions sur la notion de « courte durée » (une durée égale ou inférieure à quatre mois constitue un ordre de grandeur indicatif).

²⁷ CG3P, art. L 2122-1-2, L 2122-1-3 et L 2122-1-3-1.

... avec l'autorisation d'exercer une activité économique (en l'espèce, l'exploitation d'un hôtel) et n'entre donc pas dans le champ de la directive services. Ils relèvent également qu'il ne porte pas sur l'utilisation de ressources naturelles ou de capacités techniques présentant un caractère de rareté au sens de la directive services, et que la conclusion de cet acte ne caractérise donc pas une « autorisation » au sens de cette directive. Ils en concluent que **le bail, portant sur une opération purement patrimoniale et non sur une activité économique, ne conditionne pas l'accès à cette activité et n'intéresse donc pas la liberté d'établissement.**

Quant au Tribunal judiciaire du Mans, il a jugé, le 19 août 2021²⁰, que des sous-occupants du domaine privé forestier, titulaires d'un bail commercial pour l'exploitation d'un restaurant situé en bordure d'un étang, sur un terrain situé dans une forêt domaniale appartenant au domaine privé de l'État **ne pouvaient prétendre se prévaloir du statut de la propriété commerciale, fût-elle d'ordre public, pour imposer le renouvellement de la convention ou prétendre à une indemnité d'éviction.**

B. Doctrine administrative

La doctrine administrative n'apporte pas de réponse claire à la question posée.

Une première réponse ministérielle du 29 janvier 2019²¹ indique en effet que **« les autorités gestionnaires du domaine privé doivent [...] mettre en œuvre des procédures similaires à celles qui prévalent pour le domaine public »**, à savoir les articles L 2122-1-1 et suivants du CG3P.

Un an plus tard, une autre réponse ministérielle du 30 janvier 2020²² précise pourtant que **« pour le domaine privé, [l']obligation de mise en concurrence] résulte directement des principes issus de la jurisprudence européenne »** et non des dispositions du CG3P.

Une réponse ministérielle publiée le 5 avril 2022²³ achève de semer le trouble en précisant qu'*« il paraît difficile d'exclure, par principe, l'ensemble des baux commerciaux et ruraux, quel que soit leur objet et les parcelles concernées, du champ d'application de ces règles [i.e. art. 12 de la directive services et art. 49 du TFUE]. Toutefois, il est permis de penser que les biens du domaine privé, davantage que ceux du do-*

maine public, ne devraient pas remplir systématiquement l'ensemble des conditions conduisant à prohiber leur prorogation automatique. »

III. Peut-on concilier l'inconciliable ?

La recherche d'une solution passe nécessairement par l'analyse du champ d'application de chacune des normes en présence, ce qui conduit à distinguer selon que le titre en cause vise l'occupation ou l'utilisation du domaine public (A) ou privé (B) en vue d'une exploitation économique.

A. Titre visant l'occupation ou l'utilisation du domaine public

L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, relative à la propriété des personnes publiques et créant ou modifiant les articles L 2122-1-1 et suivants du CG3P, encadre les titres délivrés à compter du 1^{er} juillet 2017 qui permettent à leur titulaire **« d'occuper ou d'utiliser²⁴ le domaine public²⁵ en vue d'une exploitation économique »**.

Dans ce cadre, **le principe auquel obéit la délivrance du titre d'occupation ou d'utilisation** est le suivant : *« 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 »*.

Cependant, cette procédure trouve **exception** lorsque *« l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée²⁶ ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité »*. Il est alors prévu une simple **« publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution »**.

En outre, **la procédure de sélection préalable n'est pas applicable** dans certaines hypothèses²⁷, notamment **lorsque son organisation s'avère impossible ou non justifiée**. Mais l'autorité compétente doit alors rendre publiques les considérations de droit et de fait l'ayant conduite à ne pas mettre en œuvre la procédure.

Enfin, lorsque la délivrance du titre intervient à la

suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, l'autorité compétente doit s'assurer au **préalable** par une **publicité suffisante**, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente.

Rappelons que n'est pas concernée par cet encadrement la délivrance d'un titre d'occupation ou d'utilisation :

- du domaine privé ;
- ou du domaine public en dehors d'une exploitation économique ;
- ou du domaine public en vue d'une exploitation économique lorsque l'organisation de la procédure de sélection préalable s'avère impossible ou non justifiée.

B. Titre visant l'occupation ou l'utilisation du domaine privé

Ces titres n'entrant pas dans le champ d'application des articles L 2122-1-1 et suivants du CG3P, il convient de se référer aux articles 11 et 12 de la directive services²⁸ puis, le cas échéant²⁹, à l'article 49 du TFUE.

Dans ce cadre, de deux choses l'une :

Soit le titre n'entre dans le champ d'application ni du droit interne, ni du droit communautaire dérivé, et il convient alors d'interroger l'article 49 du TFUE qui « doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale, (...), qui permet une prorogation automatique des concessions sur le domaine public en cours et destinées à l'exercice d'activités touristique-récréatives, dans la mesure où ces concessions présentent un intérêt transfrontalier certain »³⁰.

Soit le titre n'entre pas dans le champ d'application du droit interne, mais entre dans celui du droit communautaire dérivé, en l'occurrence la directive services, qu'il convient alors d'appliquer.

Or, le champ d'application de cette directive est potentiellement très vaste : indifférent à la distinction entre domaine public et domaine privé des personnes publiques, elle s'applique aux services (c'est-à-dire à toute **activité économique** non salariée, exercée normalement contre rémunération³¹) fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre, à l'exclusion de certaines activités spécialement énumérées³² (notamment les services sociaux relatifs au logement social³³).

Quant aux dispositions pertinentes de la directive – les articles 9, 11 et 12 de la section I (« Autorisations ») du chapitre III (« Liberté d'établissement des prestataires ») –, elles prévoient en substance que l'accès à une activité de service ou à son exercice n'est soumis à un régime d'autorisation encadré que de manière dérogatoire : si le nombre d'autorisations pouvant être accordées, pour une activité économique donnée, est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables. Dans ce cas, le choix entre les candidats doit se faire suivant une procédure de sélection présentant certaines garanties et l'autorisation doit avoir une durée limitée appropriée.

Cela étant posé, l'applicabilité de la directive et de son encadrement dérogatoire à la délivrance d'une « autorisation » par les autorités publiques se trouve limitée de deux manières : (1) l'autorisation conditionne l'accès à l'activité considérée ; (2) est en cause l'utilisation de « ressources naturelles rares ».

I. Recherche de la cause du bail : accéder à une activité ?

Les dispositions de la directive mentionnées plus haut visent les autorisations subordonnant l'accès à une activité de service et son exercice – autrement dit **les autorisations qui constituent la « porte d'accès » à l'activité**. Ce qui suppose que l'activité ne puisse être exercée sans l'autorisation requise, à défaut de laquelle cet exercice serait irrégulier ou impossible.

Appliqué à une autorisation permettant l'usage privatif d'un bien, le raisonnement implique que le bien objet de l'autorisation constitue le support indispensable de l'activité qui en dépend : c'est l'accès à l'activité qui est concerné et non l'accès au bien, qui n'en est que le moyen³⁴.

En droit interne, en ce qui concerne le domaine public, le législateur est allé au-delà de la directive et ce de deux manières.

Il a d'abord défini, par la négative³⁵, un champ d'application inversé par rapport à celui de la directive services³⁶.

Ensuite, et surtout, il vise les titres tant d'« occupation » que d'« utilisation » du domaine public en vue d'une exploitation économique³⁷. Or, l'**utilisation** (qui tire parti d'une chose) va au-delà de la simple **occupation**³⁸. Si l'utilisation du domaine implique son occupation, la proposition réciproque n'est pas vraie.

²⁸ Indépendamment d'un intérêt transfrontalier certain : v. les concl. de l'Avocat général dans l'affaire *Promoimpresa*, point 50.

²⁹ En effet cette directive est d'effet direct en France. Et puisqu'elle constitue une mesure (de droit communautaire dérivé) d'harmonisation exhaustive (du droit communautaire primaire), il n'y a pas lieu d'interroger concomitamment, mais seulement par défaut, le champ d'application de l'art. 49 du TFUE.

³⁰ Arrêt *Promoimpresa*.

³¹ Directive services, art. 4.

³² Directive services, art. 2.

³³ Ce qui est méritoire d'être relevé en raison du nombre d'opérations conclues par les personnes publiques sur leur domaine privé avec les organismes d'HLM. V. également : directive services, 27^e considérant.

³⁴ Selon le Dictionnaire de l'Académie française : « Moyen : ce qui sert pour parvenir à une fin ».

³⁵ CG3P, art. L 2122-1, al. 2.

³⁶ Directive services, art. 12.

³⁷ Sur les notions d'usage, d'occupation et d'utilisation, d'un point de vue terminologique, on comprend à la lecture de l'article L 2122-1 du CG3P que l'usage peut être collectif ou privatif et que l'usage privatif peut consister soit à occuper soit à utiliser le domaine.

³⁸ Selon le Dictionnaire de l'Académie française : « Utiliser : Tirer de l'utilité de, tirer parti de. » ; « Occuper : Habiter un lieu ; y être installé, y exercer une activité ».

... Cette distinction transparaît des conclusions de l’avocat général dans l’affaire *Promoimpresa*³⁹, où les requérants soutenaient que les concessions domaniales maritimes et lacustres concernées constituaient des baux commerciaux qui accordent à un particulier la possibilité de jouir du bien public, sans constituer une autorisation conditionnant l’accès à l’activité de service. L’avocat général souligne qu’« l’accès à l’activité relative à l’exploitation des biens du domaine public maritime ou lacustre en Italie, telle que la gestion d’une zone domaniale côtière à des fins touristiques et récréatives, nécessite l’octroi d’un acte de concession par l’autorité communale compétente. Cet acte subordonne donc l’accès à l’activité de service en cause. [...] Le fait que l’octroi de cette autorisation implique également une mise à disposition exclusive d’un bien public, sous forme d’un bail, n’est pas susceptible d’affecter la qualification de ce système de régime d’autorisation ». De même, selon la Cour⁴⁰ dans la même affaire, l’article 12 de la directive services concerne des « situations dans lesquelles un régime d’autorisation vise à permettre le déroulement d’activités économiques qui **exigent l’utilisation**⁴¹ de ressources naturelles rares ».

Dès lors, **n’est concernée que l’utilisation (du domaine privé) à l’exclusion de la (sa) simple occupation.**

Il faut donc d’abord considérer la cause⁴² du titre domanial (d’usage privatif) et non son objet (le domaine) : un titre d’utilisation domanial permet l’exploitation du domaine (fonds immobilier) qui en est l’objet et sert l’exploitation de l’activité (fonds de commerce, par exemple), alors qu’un titre d’occupation domanial ne sert qu’à exploiter l’activité.

2. Recherche de l’objet du bail : des ressources naturelles rares ?

La directive ne définit pas la notion de « ressources naturelles rares », pas davantage que ses travaux préparatoires, dans lesquels on trouve en revanche des indications quant aux « capacités techniques » susceptibles de limiter le nombre d’autorisations disponibles pour une activité donnée⁴³, par exemple, « l’octroi de fréquences radio analogique ou l’exploitation d’une infrastructure hydroélectrique »⁴⁴.

En France, en revanche, l’usage privatif du domaine public est nécessairement limité par l’af-

fectation du domaine. Cependant, certaines propriétés publiques (naturelles et artificielles) dépendent du domaine privé, spécialement par détermination de la loi⁴⁵ : réserves foncières, biens immobiliers à usage de bureaux⁴⁶, chemins ruraux, bois et forêts relevant du régime forestier. La délivrance d’un titre d’usage privatif du domaine privé (un bail) en vue d’une exploitation économique, parfois régie par des dispositions spéciales en droit interne⁴⁷, est donc susceptible d’être saisie par l’encadrement communautaire.

Si les propriétés publiques naturelles (« ressources naturelles ») dépendant du domaine privé paraissent assurément concernées⁴⁸ – pour autant qu’elles puissent être qualifiées de « rares », il est pertinent de s’interroger au sujet des propriétés publiques artificielles dépendant du domaine privé.

On relève avec intérêt :

- que dans le cas soumis au tribunal judiciaire du Mans⁴⁹ (appliquant l’encadrement porté par l’article 12 de la directive services), était en cause l’exploitation d’un restaurant situé en bordure d’un étang, sur un terrain situé dans une forêt domaniale (domaine privé de l’État) ;
- que l’arrêt rendu par la cour administrative d’appel de Bordeaux⁵⁰ (n’appliquant pas cet encadrement) concernant un bail portant sur les murs et dépendances de l’hôtel du Palais à Biarritz (domaine privé communal) ;
- que la Cour administrative d’appel de Lyon⁵¹ (dans un arrêt n’appliquant pas l’encadrement) considère qu’une place (domaine public communal) utilisée pour le stationnement payant des véhicules et le marché hebdomadaire ne constitue pas une ressource naturelle rare.

Or, si les mots ont un sens⁵², des « ressources naturelles rares » ne sauraient être assimilées à des « ressources artificielles (rares) » ni comprendre toutes les « ressources (naturelles et artificielles) rares ».

Si le gouvernement a opté pour une interprétation large de l’article 12 de la directive services en intégrant l’intégralité du domaine public, naturel comme artificiel, dans le champ d’application de principe de l’encadrement de l’article L 2122-1 du CG3P, il n’est pas certain que cet article 12 vise les propriétés publiques naturelles pour atteindre les propriétés publiques artificielles dépendant du domaine privé. Et si elles étaient atteintes, encore faudrait-il qu’elles puissent être qualifiées de « rares » pour y être soumises.

³⁹ Points 52 à 56 de l’arrêt.

⁴⁰ Point 6 de l’arrêt.

⁴¹ Nous soulignons ces deux mots.

⁴² « Intérêt de l’acte juridique pour son auteur qui correspond [...] à l’effet de droit inhérent à l’acte [...] » (Vocabulaire juridique de l’association Henri Capitan, Puf, 14^e éd.)

⁴³ P. TEERLINCK et R. GHERGHINARU, « Arrêt *Promoimpresa* de la CJUE : une nouvelle approche des concessions domaniales », *Chronique des marchés publics* / 2016-2017 (Belgique), n° 73 et s.

⁴⁴ Document de la Commission COM (2006) 160 final du 4 avr. 2006.

⁴⁵ CG3P, art. L 2211-1 et L 2212-1.

⁴⁶ À l’exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public.

⁴⁷ V. par ex. les réserves foncières (CU, art. L 221-2) ou les baux ruraux (C. rur., art. L 415-11).

⁴⁸ Dans ce sens, v. C. minier (version à venir au 1^{er} janv. 2024 issue de l’ordonnance n° 2022-537 du 13 avr. 2022 relative à l’adaptation outre-mer du code minier), art. L 611-1-2.

⁴⁹ Tj Mans, 19 août 2021, n° RG 20/00813, susvisé.

⁵⁰ CAA Bordeaux, 3^e ch., 2 nov. 2021, 19BX03590, susvisé.

⁵¹ CAA Lyon, 22 oct. 2020, n° 18LY04739.

⁵² Selon le Dictionnaire de l’Académie française : « Naturel : Qui a été produit par la nature seule, par opposition à ce qui a été fait par l’homme, à ce qui est artificiel » ; « Artificiel : Emprunté du latin *artificialis*, “fait avec art, fait selon l’art”. [...] Qui est dû à la technique de l’homme, par opposition à ce qui a été créé et s’est développé naturellement ».

C'est d'ailleurs ce qui transparaît de la dernière réponse ministérielle⁵³ : « En l'absence d'autre jurisprudence, il paraît difficile d'exclure, par principe, l'ensemble des baux commerciaux et ruraux, quel que soit leur objet et les parcelles concernées, du champ d'application de ces règles. Toutefois, il est permis de penser que les biens du domaine privé, davantage que ceux du domaine public, ne devraient pas remplir systématiquement l'ensemble des conditions conduisant à prohiber leur prorogation automatique ». Les baux portant sur les propriétés publiques naturelles rares dépendant du domaine privé seraient concernés, dans la mesure où ils permettent l'exploitation du fonds immobilier domanial ; les baux portant sur les propriétés publiques artificielles rares ne le seraient pas, voire aucun des baux portant sur les propriétés publiques artificielles.

S'agissant des baux consentis par les personnes publiques sur leur domaine privé immobilier, dans la mesure où l'on considère que le domaine privé artificiel n'est pas concerné, l'encadrement dérogatoire porté par l'article 12 de la directive services n'atteint donc, selon nous, que les baux constituant des titres d'utilisation permettant l'exploitation économique du « domaine privé naturel rare » qui en est l'objet, indépendamment de l'existence d'un intérêt transfrontalier certain.

Dans ce cas une procédure de sélection préalable entre les candidats potentiels devra être appliquée et la durée devra être limitée sans pouvoir faire l'objet d'une procédure de renouvellement automatique. Les exceptions pourraient s'inspirer de celles portées par les articles L 2122-1-2 et L 2122-1-3 du CG3P pour les titres d'usage privatif du domaine public.

Addenda

À l'heure où nous imprimons, **le Conseil d'État vient de rendre le 2 décembre 2022 deux décisions importantes, concernant les titres d'occupation du domaine public⁵⁴ et les baux consentis sur le domaine privé des personnes publiques⁵⁵.**

Selon les conclusions de Madame RAQUIN, Rapporteuse publique, ici suivie par le Conseil d'État : - « le domaine public ne pouvant, par essence, pas faire l'objet d'une occupation ou d'une utilisation privative sans titre par une personne privée, c'est bien le titre octroyé qui est la condition de l'activité économique [...] **un titre d'occupation**

du domaine public aux fins d'y exercer une activité économique sera toujours une autorisation au sens de l'article 12 de la directive Services » ;

- « la seule circonstance que la délibération en litige porte sur un bien du domaine privé ne suffit pas à écarter l'application de l'article 12 de la directive Services. [...] Le critère déterminant sera celui de l'administration agissant en tant que telle. Il s'agira donc de **rechercher si, en donnant à bail un immeuble du domaine privé à une entreprise privée ou à un commerçant, une personne publique délivre, ce faisant, une autorisation d'exercice de l'activité en cause ou si elle agit comme le ferait n'importe quel propriétaire privé.** En pratique, ce critère recoupera très largement la distinction entre domaine public et domaine privé, mais il pourra exister des hypothèses où, même sur ce dernier, la personne publique fera usage de prérogatives de puissance publique dans l'octroi d'un bail ou d'une autorisation, qui pourra faire entrer ceux-ci dans le champ de l'article 12 ».

Madame RAQUIN note, concernant le critère de rareté, que tant les terrains de tennis situés dans le jardin du Luxembourg à Paris que l'hôtel du Palais à Biarritz sont susceptibles de constituer des capacités techniques rares ou une « ressource rare »⁵⁶. Le Conseil d'État adopte quant à lui la notion de biens « faiblement substituables »⁵⁷.

Selon le Conseil d'État⁵⁸, « **il ne résulte ni des termes de [la directive Services] ni de la jurisprudence [Promoimpresa] que [des obligations de publicité et mise en concurrence] s'appliqueraient aux personnes publiques préalablement à la conclusion de baux portant sur des biens appartenant à leur domaine privé, qui ne constituent pas une autorisation pour l'accès à une activité de service ou à son exercice au sens du 6) de l'article 4 de cette même directive** ».

Selon Madame RAQUIN, « une telle solution [met] un terme aux craintes de bouleversement du droit applicable aux baux privés, notamment les baux commerciaux et les baux ruraux, pour lesquels la loi prévoit un large droit à renouvellement automatique, évidemment difficilement compatible avec l'obligation de mise en concurrence qui résulterait de l'article 12 de la directive services si elle leur était applicable ».

La guerre entre l'Union et l'Hexagone n'aura donc pas lieu ! |

⁵³ Rép. min. n° 41751 : JOAN 5 avr. 2022, p. 2257.

⁵⁴ CE, n° 455033, Sté Paris tennis.

⁵⁵ CE, n° 40100, rejetant le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt rendu par la CAA de Bordeaux le 2 nov. 2001, cf. supra notes 19 et 50.

⁵⁶ Un tel raccourci gomme cependant la distinction entre les ressources naturelles et les ressources artificielles.

⁵⁷ Déc. Sté Paris tennis, préc.

⁵⁸ Déc. n° 40100.