

GUIDE

Autorisations d'Occupation Temporaire (AOT)

Sommaire

Édito	p5
Principes généraux	p6
Champ d'application	p10
a. Les activités concernées par la procédure de sélection	p10
b. L'autorité compétente	p17
Procédure de sélection préalable	p18
La publicité	p19
Les critères de sélection	p22
a. Les critères classiques	p22
b. La décision d'attribution	p25
c. Les cas dérogatoires	p26
La redevance	p28
a. Qui fixe la redevance	p28
b. Montant de la redevance	p29
La durée de l'AOT	p30
a. Le domaine portuaire ayant fait l'objet d'un transfert en pleine propriété	p30
b. Le domaine public de l'État	p31
c. Les aspects pratiques de la durée	p33
La fin de l'AOT et le renouvellement	p35
Les recours contentieux	p37
a. Le contentieux administratif	p37
b. Le contentieux financier	p40
c. Le contentieux pénal	p41
Annexes	p42
1. Proposition de rédaction de clause sur le renouvellement des AOT	p42
2. Texte de l'ordonnance	p42
3. Circulaire mettant en application l'ordonnance	p48
4. Annexe 4 :	p53
« Exemple d'annonce de publicité pour la sélection préalable »	

Lexique

- AOT : autorisation d'occupation temporaire (du domaine public)
- CG3P : Code général de la propriété des personnes publiques
- CGCT : Code général des collectivités territoriales



Édito

L'ordonnance n° 2017- 562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques constitue une réforme fondamentale dans l'attribution des **Autorisations d'Occupation Temporaire (AOT)**.

Le présent guide est issu d'un travail collaboratif coordonné par le Secrétaire général de la Mer et impliquant les services de l'État ainsi que les acteurs réunis dans le cadre du Comité du nautisme et de la plaisance (Fédération française des ports de plaisance, Association des ports de plaisance de Bretagne et Fédération des industries nautiques).

Le guide a pour objectif d'apporter aides et réponses aux différents gestionnaires du domaine public maritime, en particulier, portuaires. Cet ouvrage a vocation à faciliter la gestion de ce domaine public par ses acteurs et à rendre plus accessibles les principaux apports de l'ordonnance du 19 avril 2017.

Il doit permettre à tous les candidats désireux de se voir attribuer un titre d'occupation, en particulier lorsqu'ils exercent « une activité économique », de mieux comprendre le processus d'attribution et d'identifier les questions qu'il leur sera utile de poser aux services gestionnaires.

Cet important travail de synthèse et de simplification se nourrit des enseignements de quatre années depuis l'entrée en vigueur du texte ; il comporte encore des points d'incertitude que la jurisprudence précisera dans les années à venir. Dès lors, ce guide a vocation à évoluer dans le temps.

Mesure phare de l'ordonnance du 19 avril 2017 : l'obligation de transparence dans l'attribution de certains titres d'occupation ou d'utilisation du domaine public qui conduit à l'instauration d'une procédure de sélection des candidats potentiels.

L'ordonnance a assuré la mise en cohérence du droit national avec la jurisprudence européenne (CJUE, 14 juillet 2016, Promoimpresa Srl et Mario Melis) et institue, à compter du 1^{er} juillet 2017, un principe de sélection préalable des demandeurs de titre d'occupation dès lors que celui-ci aura pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique sur le domaine public.

Principes généraux

Le domaine public est défini par les dispositions de l'article L.2111-1 et plus spécifiquement pour le domaine public maritime par celles des articles L.2111- 4 à L.2411- 6 du Code général de la Propriété des Personnes Publiques (CGPPP).

Il est important de préciser qu'une occupation du domaine public est nécessairement à titre précaire et révocable.

En vertu des principes généraux régissant l'utilisation du domaine public, les autorisations d'occupation du domaine public ont un caractère personnel et sont donc incessibles (arrêt CE du 6 novembre 1998, Association amicale des bouquinistes des quais de Paris, req. n°171317).

Il est néanmoins possible pour le bénéficiaire de transférer son titre d'occupation à une autre personne sous réserve de l'accord écrit du gestionnaire (arrêt CE du 18 septembre 2015, Société PREST'AIR).

Dans le cadre des autorisations constitutives de droits réels, la faculté de céder les droits résultant de l'autorisation est expressément prévue par les textes¹.

L'ordonnance du 19 avril 2017 soumet désormais à une procédure de sélection et à une obligation de publicité préalable les candidats potentiels à une autorisation d'occupation du domaine public (AOT) délivrées en vue d'une exploitation économique².

En d'autres termes, depuis le 1^{er} juillet 2017, les autorisations d'occupation du domaine public ne peuvent plus, par principe, être accordées de gré à gré.

L'ordonnance du 19 avril 2017 prévoit plusieurs exceptions à l'obligation de sélection préalable :

- L'ordonnance écarte l'obligation de publicité et de sélection préalable pour les titres d'occupation qui accompagnent un contrat de commande publique ayant lui-même donné lieu à une procédure de sélection préalable (article L.2122-1-2 CG3P);
- Une dérogation est également prévue pour les occupations de courte durée ou non exclusives - par exemple les manifestations artistiques, culturelles, d'intérêt local ou emportant une privatisation temporaire - (article L.2122-1-1 du CG3P). À noter que pour ces autorisations particulières, une publicité préalable fixant les conditions générales d'attribution demeure nécessaire ;

À ce titre, il est possible à l'autorité gestionnaire de faire une publicité annuelle indiquant les conditions de mise à disposition (localisation et superficie, périodes couvertes et tarif appliquée).

- L'ordonnance prévoit également la possibilité de délivrer des titres sans procédure de sélection lorsque cette procédure s'avère impossible à mettre en œuvre ou non justifiée. Par exemple, lorsqu'une seule personne est susceptible d'occuper le domaine public en cause, en raison de droits d'exclusivité qu'elle détient. Tel est le cas lorsque certains impératifs supposent de s'adresser à un opérateur déterminé (article L.2122-1-3 du CG3P) ;
- Il n'est pas nécessaire non plus de recourir à cette procédure dans le cadre d'une prorogation lorsque l'urgence le justifie (autorisation pour une durée d'un an au plus dans ce cas) ou pour dénouer dans des conditions acceptables une fin d'autorisation sans excéder pour autant celle prévue à l'article L.2122-2 du CG3P ; c'est-à-dire pour « achever l'amortissement des investissements et ouvrages réalisés par l'occupant » ;

ATTENTION

Pour toutes ces dérogations, et en application de l'article L. 2122-1-3 du CG3P, l'autorité gestionnaire compétente doit motiver sa décision et rendre publiques les considérations de droit l'ayant conduit à ne pas mettre en œuvre la procédure de sélection.

Même si l'article L. 2122-1-1 du CG3P a été modifié par l'ordonnance du 19 avril 2017, plusieurs principes généraux demeurent : Les activités accueillies doivent être compatibles avec la destination du domaine public portuaire, en particulier contribuer à son animation et son développement ;

- L'occupation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire (Article L. 2122-2 alinéa 1er du CG3P) ;
- L'autorisation présente un caractère précaire et révocable (Article L. 2122-3 du CG3P), certaines autorisations d'occupation du domaine public peuvent, toutefois, être assorties de droits réels dont les modalités d'application sont régies par les articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du CG3P.

À noter : L'attribution des AOT se fait selon une procédure de sélection **distincte** des procédures de mise en concurrence prévues par les règles de la commande publique³.

La procédure d'attribution, quelle qu'elle soit, doit respecter les **principes d'impartialité et de transparence**, et comporte des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester.

³.
CE, Sect., 3 déc.
2010, Ville de
Paris, n° 338272,
« les principes
fondamentaux
de la
commande
publique ne
sauraient
trouver à
s'appliquer, les
autorisations
d'occupation
domaniale
ne relevant
pas d'une
"commande
publique" ».

DOMAINE PRIVÉ ET PROCÉDURE DE SÉLECTION

Les personnes publiques gèrent librement leur **domaine privé** selon les règles qui leur sont applicables (article L. 2221-1 du CG3P). Dès lors, la délivrance de titres d'occupation sur le domaine privé peut-elle s'affranchir de toute publicité ? La réponse du ministre de l'économie et des finances, publiée au Journal Officiel (JO) le 29/01/2019, vient apporter des précisions sur ce point⁴.

La décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 juillet 2016 «Promoimpresa» (affaires n° C-458/14 et C67/15), à la suite de laquelle a été adoptée l'ordonnance de 2017, soumet à des principes de transparence et de sélection préalable l'octroi de toute autorisation qui permet l'exercice d'une activité économique dans un secteur concurrentiel, sans opérer de distinction selon que cette activité s'exerce sur le domaine public ou sur le domaine privé des personnes publiques. Il résulte de cette jurisprudence que la délivrance de titres sur le domaine privé doit garantir dans les mêmes termes le respect des principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Ainsi, les autorités gestionnaires du domaine privé doivent donc mettre en œuvre des procédures similaires à celles qui prévalent pour le domaine public et qui sont précisées par les articles L. 2122-1-1 et suivants du code général de la propriété des personnes publique.

⁴.
Question
n° 12868,
rép. min JOAN,
29/01/2019,
p. 861

Champs d'application

a) Les activités concernées par la procédure de sélection

Dans l'ordonnance du 19 avril 2017, le domaine public est appréhendé comme un moyen en vue de l'exercice d'une activité économique, ou comme un support de celle-ci, et non comme objet lui-même d'une exploitation économique. Le fait pour le domaine public de recevoir une « exploitation économique » déclenche, par principe, la procédure de sélection.

La notion « d'exploitation économique » doit être entendue de manière large.

La directive 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans les marchés intérieurs dite « Services », au visa de laquelle l'ordonnance a été prise, retient le service comme « toute activité économique non salariée exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité ». Est ainsi visée toute activité de production, de distribution et de service sur le domaine public ou liée à l'utilisation du domaine public à l'exclusion des activités de puissance publique ou de sécurité sociale obligatoire. Peuvent être également considérées comme exclues les activités à caractère culturel dès lors qu'elles sont non lucratives.

La procédure de sélection n'a donc pas vocation à s'appliquer lorsque sont concernés des titres délivrés à d'autres fins qu'une exploitation économique (*exemple: pour les navires de plaisance ou les associations sans activité commerciale*). Les activités à caractère culturel, social ou humanitaire sont exclues dès lors qu'elles sont non lucratives. Dans ce contexte, les autorités gestionnaires pourront toujours délivrer une AOT sans avoir à organiser une telle procédure de sélection préalable.

La question de l'exercice d'une activité commerciale à titre très accessoire (telles que certaines formes de plaisance collaborative) voire infiniment accessoire (pour certaines associations) n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence. Le volume d'affaires ne constitue pas en principe un critère.

QUEL EST LE DOMAINE CONCERNÉ ?

Il est parfois peu aisé, lorsque le concessionnaire délègue à son tour un titre d'occupation à un opérateur privé, de connaître la nature du domaine sur lequel porte le titre d'occupation. Bien que les ports de plaisance soient principalement implantés sur le domaine public maritime, il arrive parfois que certains terre-pleins exploités à proximité du port relèvent du domaine privé des personnes publiques et fassent l'objet de montages juridiques complexes. Dans ce cas, il est souvent nécessaire de s'appuyer sur l'aide d'un conseil pour étudier la situation et éviter un éventuel litige.

(par exemple : existence d'un bail commercial de droit privé déjà en cours).

QUELQUES EXEMPLES

► J'ai une **association** qui occupe le **domaine public maritime**, les principes issus de l'ordonnance ont-ils vocation à s'appliquer ?

La réponse à cette question dépend de la nature de l'association et de l'objet qu'elle poursuit. On ne peut considérer que la vocation d'un but non lucratif conféré à une association l'exonère systématiquement de l'application des dispositions de l'ordonnance. Chaque situation doit faire l'objet d'une analyse.

CAS CONCRETS

1

Association à but non lucratif dont l'activité ne poursuit pas un objectif économique :

Une association qui exerce dans le domaine social, humanitaire, ou encore qui rénove un bateau de patrimoine

=

Pas de procédure de sélection et de publicité préalable.

POINT D'ATTENTION

Quand une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, acteur local incontournable participant au tissu économique, culturel, touristique, sportif local, sollicite un titre d'occupation du domaine public, l'autorité compétente doit vérifier que l'activité exercée n'est pas, en réalité, une activité commerciale.

Cette appréciation se fait au moment de l'attribution de l'AOT et peut être vérifiée à tout moment en cas de modification de l'activité.

Ainsi, une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, qui aurait été sélectionnée pour une occupation sans possibilité d'exercer d'activité commerciale à titre habituel et qui, dans les faits, exercerait des activités commerciales (comme le paiement d'un droit d'accès) serait, du point de vue de l'autorité gestionnaire, susceptible de voir son titre d'occupation résilié, unilatéralement, pour faute.

2

Associations culturelles avec un objet X qui demande un droit d'entrée pour des visites :

Il y a bien une **activité rémunérée** permise par l'occupation du domaine public maritime

=

Procédure de sélection et de publicité préalable.

► J'ai un club nautique qui **occupe une partie du terre-plein et occupe des places sur le plan d'eau**, se voit-il appliquer les principes issus de l'ordonnance ?

À partir du moment où le club nautique propose **des activités rémunérées, on considère qu'il tire directement des bénéfices liés à l'occupation du domaine public**. Une procédure de sélection et de publicité préalable s'impose.

► En qualité de **gestionnaire de port**, j'ai développé **une filiale**, qui pour les besoins de son activité, doit occuper des terre-pleins ou des places à flot, les principes issus de l'ordonnance ont-ils vocation à s'appliquer ?

Les « filiales » de gestionnaires de ports de plaisance connaissent un important développement. Il convient de se demander si celles-ci sont soumises à la sélection préalable pour l'occupation du domaine public au même titre qu'un opérateur privé. La procédure de sélection et de publicité préalable s'impose dans ce cas (les dispositions du 1^o de l'article L. 2122-1-2 du CG3P ne sont pas applicables en l'espèce).

À l'inverse, la procédure de sélection n'est pas nécessaire quand le gestionnaire recourt aux services d'une entité sur laquelle il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui. C'est la portée de l'exception dite « in house ».

► Comment traiter le cas particulier de la plaisance collaborative ?

Depuis quelques années se développent également les services de plaisance collaborative, de **la location de bateaux entre particuliers aux nuitées à quai**, en passant par la co-navigation. La question de l'application de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 se pose pour ces activités.

La difficulté réside alors pour le gestionnaire du port dans la connaissance qu'il peut avoir de l'activité potentielle de l'utilisateur avant l'attribution de l'AOT et du contrôle de cette activité après la délivrance du titre d'occupation.

Une solution s'offre à lui à travers une procédure spécifique reposant sur l'interdiction, dans le règlement d'exploitation, des activités économiques sans autorisation et sur le lancement d'une procédure de publicité spécifique pour toutes les activités d'exploitation économique. Ceci impose pour le gestionnaire du port de définir au préalable le nombre de places offertes à ces activités et pour les usagers de vérifier s'ils seront imposés pour l'exercice de cette activité.

définir au préalable le nombre de places offertes à ces activités et pour les usagers de vérifier s'ils seront imposés pour l'exercice de cette activité.

À noter : beaucoup d'utilisateurs pratiquant cette activité ne connaissent pas en toute bonne foi cette nouvelle réglementation d'attribution des AOT économiques. Les gestionnaires devront faire preuve de pédagogie en informant leurs usagers sur les activités relevant du champ « économique » ou celles relevant du champ des activités à but non lucratif.

POINT D'ATTENTION

L'AOT ne doit pas être confondue avec une délégation de service public ou avec un marché public.

Si l'AOT permet d'autoriser une activité sur le domaine public, la délégation de service public a pour but d'organiser le service public et d'en donner la charge au délégataire. Le marché public est quant à lui un contrat conclu à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs publics avec un ou plusieurs opérateurs économiques publics ou privés pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fourniture ou de service.

Le gestionnaire peut bien « influencer » la « destination » de l'AOT et ce faisant, imposer des contraintes mais celles-ci ne doivent pas être assimilables à la création d'un service public ou des missions de service public.

EN PRATIQUE

Un port de plaisance qui dispose de 5 espaces à flot destinés à des activités de commerce, dont 3 sont occupés par des entreprises de batellerie, peut parfaitement décider d'affecter les 2 places suivantes: une exclusivement à une activité de location de navires de plaisance et l'autre, exclusivement à une activité de plongée. En l'espèce, sa décision a une « influence » déterminante sur les activités à accueillir.

CONVENTION D'OCCUPATION OU DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC ?

Dans son arrêt n°396352 du 9 décembre 2016 Commune de Fontvieille, le Conseil d'État rappelle les conditions permettant de qualifier un contrat de délégation de service public. Dans cet arrêt, le Conseil d'État rappelle que le critère de rémunération ne suffit pas à caractériser une DSP et que la commune n'exerce pas de contrôle suffisant sur le fonctionnement de l'activité de service public en cause pour pouvoir qualifier le contrat de délégation de service public.

POUR ALLER PLUS LOIN

Plusieurs arrêts du Conseil d'État précisent le rôle des gestionnaires dans l'encadrement de la procédure de sélection : CE 25 janvier 2017 commune de Port-Vendres, req. n° 395314 ; CE 8 juillet 1996 M..., n° 121520, au Recueil p. 272 ; CE 10 mars 2006, Société Unibail Management, n°284802.



b) L'autorité compétente

L'article L.2122-1-1 du CG3P confie à l'autorité compétente en charge de la délivrance du titre d'occupation le soin d'organiser la procédure de sélection préalable. Sont donc concernées **tant les autorités propriétaires du domaine public** que celles qui se sont vu confier ou concéder la gestion d'un élément du domaine public (par exemple : **les concessionnaires des personnes publiques** - chargés de gérer les autoroutes, les ports, les aéroports, etc.- et de délivrer des sous-concessions d'occupation du domaine public aux divers opérateurs économiques intéressés).

Dès lors, préalablement à la mise en œuvre d'une procédure de sélection pour attribuer des droits d'occupation, il est essentiel de vérifier qui (l'autorité portuaire, le gestionnaire portuaire, la régie...) a la charge de cette mission.

Procédure de sélection préalable

L'article L.2122-1-1 du CG3P indique que « [...] 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. ».

Cette liberté d'organisation permet d'adapter la procédure de sélection aux enjeux des AOT envisagées (rareté des locaux, niveau de la demande, durée, investissements éventuels...).

Le texte de cet article reste muet quant au choix de la procédure de sélection des candidats et de publicité par le gestionnaire du domaine public.

La procédure est donc librement organisée comme le précise la circulaire **n°CPAE1727822C** du 19 octobre 2017 relative à l'application des dispositions de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques (et figurant en annexe). « L'ordonnance institue ainsi, à compter du 1^{er} juillet 2017, un principe de sélection préalable [...]. **Ces mesures de sélection, destinées à assurer le respect du principe de transparence, ne relèvent pas des procédures formalisées de la commande publique** ».

Il reviendra au juge d'apprécier que les garanties de transparence et d'impartialité ont été bien respectées. Une structure d'annonces est présente en annexe 4.

La publicité

Préalablement à la délivrance de l'AOT, **une publicité adéquate doit être réalisée** pour permettre aux candidats potentiels de se manifester et **que l'examen** des « candidatures » **présente toutes garanties d'impartialité et de transparence.**

Il est important que la publicité soit adaptée, dans sa forme et dans sa durée, à l'objet de la procédure : plus l'autorisation est susceptible d'intéresser un nombre important d'opérateurs économiques, plus elle devra être étendue géographiquement ou dans ses modalités de diffusion. L'ordonnance du 19 avril 2017 ne fait pas obstacle à ce qu'il y ait basculement d'une procédure « allégée » vers une procédure complète. L'autorité compétente peut ainsi « sonder » le marché en procédant à une simple mesure de publicité préalable puis si les résultats font apparaître que la concurrence est plus importante basculer vers une procédure complète.

Dans ce dernier cas, il est alors nécessaire de procéder à une publicité au sens de l'article L 2122-1-4 du CG3P quand la demande concerne une activité économique, quand le terrain a vocation à être affecté à un usage économique ou le terrain se situe dans des zones où il y a un fort potentiel économique ou une forte demande d'obtention de titres d'occupations.

Il est également important de rappeler qu'en fin de procédure, il est opportun d'envisager une publicité de l'avis d'attribution de l'AOT.

Rappel : la publicité peut être réalisée selon tous moyens : affichage, quotidien à fort tirage, insertion sur site internet journal d'annonces légales, et pour les projets les plus importants : publication au Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) ou publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

COMMENT APPRÉCIER LA DURÉE D'UNE PUBLICITÉ ?

La mise en place d'une publicité est une condition primordiale du respect des principes d'impartialité de transparence de la procédure.

La durée de la publicité doit notamment s'apprécier au regard :

- de la nature et du périmètre du domaine concédé (à flot ; à terre),
- de la singularité du domaine concédé,
- de la localisation du domaine concédé,
- des aménagements à effectuer,
- des retombées économiques en jeu,
- de la durée de l'autorisation,
- et plus généralement de tous points importants de la convention...

Rappelons que, comme l'indique la seconde partie de l'article L. 2122-1-1 du CG3P, même si l'autorisation d'occupation ne porte que sur une courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, une publicité préalable à la délivrance du titre doit être mise en place à l'instar d'un appel à manifestation d'intérêt concurrent.

Dans l'hypothèse où la délivrance du titre intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, l'autorité qui délivre le titre doit s'assurer au préalable, par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente.

QUI FIXE LES CRITÈRES ET QUAND DOIVENT-ILS ÊTRE DÉFINIS ?

Les critères sont définis par le gestionnaire du domaine en amont du lancement de la procédure afin que l'ensemble des candidats à l'occupation puissent préparer leur dossier en ayant connaissance des modalités d'attribution du titre.

Si le gestionnaire est un concessionnaire, il peut solliciter l'avis du concédant.

Si le gestionnaire du domaine n'en est pas le propriétaire, ce dernier pourra être consulté pour avis sur les critères.

Lorsqu'il s'agit du domaine public de l'État, celui-ci en sa qualité de propriétaire, doit être saisi pour avis préalablement à la signature d'un titre d'occupation constitutif de droits réels (article L 2122-17 du CG3P).

Dans ce cas, il pourra être opportun de solliciter les services de l'État, en amont, lors de la définition des critères afin d'éviter toute différence d'approche au moment de l'attribution du titre d'occupation.

Les critères de sélection

a) Les critères classiques

Comme évoqué précédemment (point III. b -autorité compétente), pour ce qui concerne les activités de nature économique et commerciale, les critères généralement utilisés sont l'adéquation avec la vocation de la zone considérée (activités en lien avec le monde de la mer et des ports), l'impact sur l'emploi, la capacité ou non d'accueillir du public, la qualité environnementale et architecturale.

Le concédant peut également fixer des objectifs plus spécifiques comme l'étendue des surfaces artificialisées ou les contraintes éventuelles de végétalisation.

S'agissant des activités à caractère associatif, certains critères complémentaires pourront être retenus et viseront par exemple : la capacité d'accueillir des enfants, la disponibilité dans le temps des services offerts, hors saison le cas échéant, les éventuelles missions de service public ou le conventionnement avec la collectivité ; sans exclure certains des critères concernant les activités commerciales (emploi, qualité environnementale...) et tout en gardant à l'esprit les risques de requalification en délégation ou concession de service public.

Une nomenclature non exhaustive de critères usuels peut être établie par l'usage mais les textes n'imposent ni pondération, ni hiérarchisation. Cependant, ces critères de sélection doivent permettre de vérifier les garanties techniques, professionnelles et financières des candidats et du futur attributaire. Ils doivent être adaptés et en relation avec l'activité économique attendue, laquelle doit être compatible avec le domaine public portuaire au risque de vicier la procédure :

EXEMPLES DE CRITÈRES GÉNÉRIQUES

- Conformité de l'offre avec l'affectation du domaine :
- Régularité de l'offre par rapport à un éventuel règlement de consultation (mentionnant donc des critères)
- Qualité technique de l'offre
- Redevance (le gestionnaire a le choix de la fixer préalablement ou de laisser le soumissionnaire proposer un montant)

La part de chaque critère peut être précisée (30%, 50%...).

EXEMPLES DE CRITÈRES DÉTAILLÉS

Les critères en lien avec le contexte :

- Lien avec les activités maritimes
- Contribution à l'animation du port
- Nécessité de proximité du bassin
- Complémentarité du projet avec les activités existantes
- Cohérence avec les caractéristiques de la parcelle

Les critères qualitatifs

- Qualité architecturale et paysagère du projet (notamment aménagement de parcelles non bâties)
- Prise en compte de préoccupations environnementales, sociales

Les critères économiques et sociaux

- Solidité financière du projet
- Capacité d'investissement
- Niveau d'investissement projeté (si possible avec accords de financements obtenus)
- États financiers détaillés
- Nombre d'emplois créés ou conservés

Les critères fonctionnels (moins pondérés communément)

- Services proposés
- Conditions d'ouverture
- Contribution à l'animation et à la vie du port

Les textes n'imposent ni pondération, ni hiérarchisation des critères. Néanmoins une pondération peut être très utile afin d'objectiver un choix et permettre un classement des candidats à l'occupation, notamment en cas de désistement du candidat arrivé en première position. La pondération devra alors être publique en précisant : « les critères de cette pondération devront alors être rendus publics et connus des candidats lors la phase de sélection ».

Le gestionnaire devra exiger des candidats les documents et informations permettant de juger les projets au vu de ces critères.

Rappel : il convient de rester vigilant dans la définition des critères afin de ne pas risquer une requalification en délégation de service public ou marché public en fixant des conditions d'occupation et des critères de choix pouvant laisser à penser que cette occupation répond à un besoin direct du gestionnaire.

b) La décision d'attribution

► Faut-il une commission d'attribution ? Comment la constituer ?

Les dispositions de l'article L. 2122-1-1 du CG3P posent le **principe de libre organisation par l'autorité compétente ou le gestionnaire, d'une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité**. Il n'est donc pas exclu de mettre en place une commission d'attribution dont les règles de fonctionnement devront être bien définies en amont. Il est préférable, dans un règlement dédié, d'en définir la composition, les compétences et les modalités de fonctionnement. Toutefois, la question est plutôt celle de la pertinence de la mise en place de ce type de commission. **L'institution d'une commission d'attribution relève du libre choix du gestionnaire de port mais ne revêt pas un caractère obligatoire.**

Il convient en outre de préciser que les modalités de mise en œuvre qui auront été choisies devront être respectées par la suite sous peine de nullité de la procédure.

► Peut-on négocier ? Faut-il négocier ?

La procédure de sélection n'est pas fixée par les textes. Le gestionnaire (ou son autorité de tutelle) peut envisager de négocier au cas par cas, en adoptant un règlement ou un cahier des charges qui devra préciser si la négociation est envisagée. Les éléments sur lesquels le gestionnaire de port se fonderait pour mener une négociation avant d'autoriser l'occupation ne sont pas clairement définis dans les textes. Néanmoins, les éléments susceptibles de faire l'objet de négociation devront être indiqués dans l'acte de publicité. Le montant de la redevance peut à cet effet être librement discuté. **Attention toutefois à ne pas en surévaluer l'importance parmi les critères de choix car il convient, dans l'intérêt du port tout comme pour la pérennité des activités économiques portées par les associations ou les entreprises privées, d'arriver à un niveau de redevance raisonnable susceptible d'aboutir à une juste valorisation du domaine sans pénaliser les activités des professionnels qui, pour certains d'entre eux restent fragiles ou reposent sur des schémas de microentreprise.**

À noter que l'autorité gestionnaire reste libre de définir si elle souhaite ou non accueillir une activité économique. Ainsi, l'administration n'est jamais tenue d'accorder cette autorisation.

Le Conseil d'État a précisé, dans sa décision du 29 octobre 2012 (n°341173), à propos de la décision de refus d'une AOT « que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, et n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ». Toutefois, la décision de refus d'autorisation doit être motivée en application de l'article 1er de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 modifiée, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. »

c) Les cas dérogatoires

► Quels opérateurs n'y sont pas soumis ? Et quelle nature d'activité n'est pas soumise ? Quels sont les cas dérogatoires ?

Cette nouvelle procédure n'a pas vocation à s'appliquer lorsque sont concernés des titres délivrés à d'autres fins qu'une exploitation économique (cf. plus haut paragraphe dédié). Les ports de plaisance, pourront donc, par exemple, toujours délivrer des autorisations à des associations à but non lucratif dont l'activité ne poursuit pas un objectif économique (œuvres à caractère social ou humanitaire).

Les articles L. 2122-1-2 et L. 2122-1-3 du CG3P fixent un certain nombre de cas dérogatoires qu'il est utile de connaître.

Ainsi le 4° de l'article L. 2122-1-3 du CG3P dispose que « Lorsque 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 », il n'y a pas de procédure de sélection.

À titre d'illustration, il ressort des travaux interministériels ayant précédé l'adoption de l'ordonnance du 19 avril 2017 que les « caractéristiques particulières de la dépendance » peuvent s'appliquer aux dépendances domaniales situées à proximité d'un site donné, d'un équipement spécifique (caractéristiques géographiques) ou encore des parcelles adjacentes à une parcelle déjà concédée et nécessaire à l'extension et à la réalisation de l'activité (caractéristiques techniques ou fonctionnelles).

Les « conditions particulières d'occupation ou d'utilisation » de la dépendance peuvent être retenues lorsque celle-ci a déjà été aménagée par un précédent occupant et qu'elle comporte des installations dont l'utilisation requiert des compétences uniques. Enfin, les « spécificités de son affectation » renvoient au cas dans lequel la dépendance fait l'objet d'une superposition d'affectation, à condition que les deux affectations soient compatibles.

La redevance

S'agissant de la redevance, et sous réserve de certaines exceptions, l'article L. 2125-1 du CG3P dispose que toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique donne lieu à paiement d'une redevance domaniale. La redevance doit être fixée de telle sorte qu'elle tienne compte des avantages de toute nature procurés au bénéficiaire du titre d'occupation ou d'utilisation du domaine public (article L. 2125-3).

a) Qui fixe la redevance ?

Il appartient en principe à l'organe délibérant de la collectivité propriétaire ou gestionnaire du domaine public mis à disposition de se prononcer sur le montant de la redevance. La compétence pour conclure la convention d'occupation peut toutefois, dans certaines conditions, être déléguée par l'assemblée délibérante.

En application de l'article R 5314-22 alinéa 3 du code des transports, l'avis du conseil portuaire est un avis consultatif obligatoire, requis pour l'établissement des «droits de ports» ainsi que pour les redevances pour «services rendus».

Même s'il est souvent de coutume de mettre en œuvre une telle consultation du conseil portuaire, il faut noter qu'un tel avis n'est pas requis sous peine de nullité pour les ports de plaisance, pour les «redevances d'occupation du domaine public. Cependant, rien n'interdit au gestionnaire de saisir le conseil portuaire pour avis.

b) Montant de la redevance

« La redevance imposée à un occupant du domaine public doit être calculée non seulement en fonction de la valeur locative d'une propriété privée comparable à la dépendance du domaine public pour laquelle la permission est délivrée, [...] mais aussi en fonction de l'avantage procuré par cette jouissance privative du domaine public ». C'est ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans l'arrêt SIPPPEC⁵.

Une attention particulière doit donc être portée au montant de cette redevance.

Lorsque l'occupation s'inscrit dans le cadre de l'exercice d'une activité économique, le chiffre d'affaires est une base fréquente pour déterminer la redevance mais ce n'est pas le seul critère.

En effet, le chiffre d'affaires est considéré comme l'indicateur qui permet de refléter au mieux l'activité exercée sur le domaine public et d'apprécier les avantages de toute nature procurés par l'occupation. Les taux utilisés dans le calcul de la redevance doivent être fixés de manière à ne pas pénaliser les exploitants. Ils doivent en outre tenir compte des circonstances locales⁶.

En tout état de cause, le montant de la redevance domaniale doit être fixé de manière à ce qu'elle soit soutenable par l'occupant⁷ tout en respectant les critères imposés par le CG3P⁸.

La redevance peut comporter une part fixe et une part variable. La Direction de l'Immobilier de l'État estime, pour sa part, en tant que gestionnaire du domaine public de l'État, que la part variable constitue une obligation.

La proportionnalité entre les avantages procurés à l'occupant et le montant de la redevance est strictement contrôlée par le juge administratif.

La rédaction des clauses de l'AOT pourra prévoir une indexation annuelle sur la base d'un indice à définir. Cette méthode est fortement conseillée.

La rédaction des clauses de l'AOT prévoira que l'occupant devra communiquer annuellement et à la fin de chaque exercice, une déclaration du chiffre d'affaires réalisé au titre des activités exercées sur le site, objet de la présente autorisation.

5. CE arrêt du 21 mars 2003, SIPPPEC

6. Question écrite n° 7987 de Mme Laetitia Saint-Paul,

Réponse publiée au JO Assemblée nationale le : 28/08/2018

7. Question écrite n° 07957 de Mme Sylviane Noël, publiée dans le JO Sénat du 29/11/2018 page 5962

8. Question écrite n° 09885 de Mme Sylviane Noël, publiée dans le JO Sénat du 04/04/2019 page 1757

La durée de l'AOT

L'article L 2122-2 du CG3P dispose que « [...] la durée (de l'AOT) est fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis sans pouvoir excéder les limites prévues, le cas échéant, par la loi ».

S'agissant des ports, la grande majorité des AOT ne dépasse pas les trente-cinq ans alors même que le régime des AOT constitutive de droits réels et les BEA (*baux emphytéotiques administratifs*) prévoit une durée maximale de 70 ans et 99 ans.

Deux possibilités sont à distinguer en ce qui concerne le domaine public portuaire.

a) Le domaine portuaire ayant fait l'objet d'un transfert en pleine propriété

Les AOT délivrées dans les ports dont le domaine public appartient en pleine propriété aux collectivités territoriales auront une durée fixée en application des critères mentionnés par l'article L2122-2 du CG3P précité.

b) Le domaine public de l'État

Les autorisations délivrées dans les ports pour lesquels le domaine public de l'État a été mis à disposition ou transféré en gestion aux collectivités territoriales auront une durée restreinte en application des articles R 5314-28, R 5314-30 et R 5314-31 du code des transports.

L'article R 5314-28 dispose que : «Les dispositions de la présente section sont applicables aux dépendances **du domaine public naturel ou artificiel, maritime ou fluvial**, mises à la disposition des **régions, des départements, des communes ou des groupements de collectivités territoriales**».

S'agissant des dépendances terrestres, l'article R 5314-30 dispose que «Les concessions d'établissement ou d'exploitation d'infrastructures ou de superstructures portuaires ne peuvent être consenties pour une durée supérieure à cinquante ans. **Les autres concessions, conventions et autorisations d'occupation de toute nature du domaine public ne peuvent être consenties pour une durée supérieure à trente-cinq ans** ».

Pour les emplacements d'amarrage, l'article R 5314-31 du Code des Transports dispose que la disposition privative de postes à quai est consentie.

- ✓ À des personnes physiques pour des fins non professionnelles **pour un an**
- ✓ À des entreprises exerçant des activités de commerce et de réparation nautiques ou à des associations sportives et de loisirs, **pour cinq ans**



C) Les aspects pratiques de la durée

PRÉCONISATIONS :

- Ne pas limiter la durée d'une AOT à la stricte durée de l'amortissement mais prévoir une durée complémentaire permettant un retour sur investissement pour l'occupant ;
- Tenir compte d'un décalage entre la date de prise d'effet de l'autorisation et la date de démarrage de l'amortissement des investissements (délai d'étude puis de réalisation des travaux) ;
- Conditionner la durée de l'AOT à la réalisation des investissements dans un délai qu'il conviendra de fixer dans le titre d'occupation ;
- Si un bénéficiaire a programmé un investissement différé (ex : investissement projeté dans les 5 ans), fixer une durée initiale d'AOT courte (car pas d'investissement projeté sur cette période) mais intégrer « une durée optionnelle complémentaire » tenant compte de la durée d'amortissement de cet investissement. Cette possibilité devra respecter les règles posées par le 4^{ème} alinéa de l'article L2122-1-2 du CG3P. Cette possibilité de prolongation est optionnelle et ses conditions devront être connues des candidats lors de la phase de sélection. Les modalités d'actionnement de cette option seront fixées dans le titre :
 - Un délai pour que ce projet d'investissement soit soumis au gestionnaire du domaine,
 - Une date limite de réalisation de ce projet.

Pour l'occupation d'un poste à quai combinée à l'occupation d'un terre-plein, deux cas sont possibles :

- Pour les ports appartenant en pleine propriété aux collectivités locales, une AOT unique (terre-plein + poste à quai) pourra être accordée. Sa durée tiendra compte des investissements prévus sur la globalité du domaine occupé.
- Pour le domaine public de l'État mis à disposition ou transféré en gestion aux collectivités territoriales ayant la qualité d'autorités portuaires, deux AOT distinctes seront conclues et la durée de l'AOT poste à quai devra être limitée à 5 ans. A échéance de cette AOT, deux solutions pourraient être envisagées :
 - La mise en œuvre d'une procédure de sélection préalable **avec le risque pour l'occupant du terre-plein de perdre l'usage du poste à quai,**
 - **La procédure dérogatoire prévue à l'article L. 2122-1-3 du CG3P, s'il peut être justifié que l'usage du poste à quai est indispensable à l'exploitation du terre-plein.** Le gestionnaire devra le démontrer au regard de caractéristiques particulières de la dépendance, de ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou des spécificités de son affectation. L'acte de motivation devra être rendu public (dernier alinéa de l'article L2122-1-3 du CGPPP).

Comment apprécier la durée d'une AOT dans les faits ? Peut-on aller au-delà de la simple durée d'amortissement ?

La fin de l'AOT et le renouvellement

À titre d'exemple

La lecture combinée des articles L. 2122-2 et L. 2122-3 du CG3P donne un caractère **temporaire, précaire et révocable des titres d'occupation du domaine public.**

- Article L. 2122-2 : « L'occupation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire [...] »
- Article L. 2122-3 : « L'autorisation [...] présente un caractère précaire et révocable »

Nature des investissements à prendre en compte Cas particulier des postes à quai

Occupation seule d'un poste à quai :

De par sa nature l'occupation seule d'un poste à quai ne générera pas d'investissement à caractère immobilier important. La durée de l'occupation sera donc courte, et en tout état de cause inférieure ou égale à 5 ans, ce qui correspond au délai réglementaire maximum prévu pour un poste à quai.

► Que se passe-t-il lorsqu'une AOT arrive à échéance (comment se passe l'attribution d'un nouveau titre d'occupation) ?

Il est souhaitable d'anticiper la date d'échéance du titre d'occupation compte tenu de l'obligation de mise en œuvre d'une nouvelle procédure d'attribution (un délai raisonnable devra être respecté en fonction de la durée de l'AOT). Dans les nouvelles conventions d'occupation, il convient de prévoir les conditions de demande de « renouvellement » de l'AOT et notamment le sort des constructions et installations édifiées par l'occupant en cas de renouvellement ou de non-renouvellement du titre.

Cependant, **un fonds de commerce peut exister sur le domaine public (depuis le 20 juin 2014 : Loi Pinel)** à condition que l'occupant dispose d'une clientèle propre. La clientèle du commerçant ne doit pas se confondre avec les usagers du domaine public.

Néanmoins l'exploitant d'un fonds de commerce sur le domaine public ne saurait revendiquer une quelconque propriété commerciale au sens de l'article L. 145-14 du code de Commerce.

À noter que les AOT conclues avant la Loi Pinel demeurent régies par le régime antérieur.

Une proposition de rédaction de clause sur le renouvellement des AOT est disponible en Annexe 1.

Les recours contentieux

a) Le contentieux administratif

La mise en œuvre d'une procédure de sélection des AOT, sièges d'une activité économique, est une obligation dont l'inobservation peut impliquer un risque contentieux et potentiellement l'annulation de l'AOT par le juge administratif.

C'est également le cas lorsqu'une telle procédure a été engagée, en cas de non-respect des principes de transparence, d'impartialité, d'égalité de traitement ou des règles de procédure que l'autorité gestionnaire a elle-même librement élaborées.

Enfin, parmi les motifs d'annulation généralement admis par le juge dans ce type de situation, pourront figurer une durée d'occupation manifestement trop longue, et les cas de gratuité ou de redevance manifestement trop basse (part fixe ou variable).

Quand bien même elle aurait été conclue à l'issue d'une procédure de publicité et d'une procédure de sélection préalable, volontairement ou non, par la personne publique, une convention d'occupation du domaine public n'est pas, en principe, susceptible de faire l'objet d'un référé précontractuel. Les articles L. 551-1 (pour les pouvoirs adjudicateurs) et L. 551-5 (pour les entités adjudicatrices) du Code de justice administrative indiquent le champ d'application strict ne citant pas, donc excluant, les contrats d'occupation du domaine public. Cette procédure est jusqu'à ce jour réservée à la commande publique (marchés publics, concession, DSP) et ne concerne pas la délivrance d'AOT (pour une illustration: Conseil d'État, 14 février 2017, n°405157, Grand Port Maritime de Bordeaux).

En l'état du droit, lorsque le titre présente une nature contractuelle, il faudra se tourner vers un recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat (CE, 2 décembre 2015, École Centrale de Lyon, req. n°386979 ; V. aussi CAA Paris, 1er décembre 2016, SAS Pavillon Dauphine, req. n° 14PA03426), dans un délai de 2 mois.

Les tiers (au-delà du Préfet et des élus locaux), en ce compris les candidats évincés, ne peuvent invoquer « que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».

Le Conseil d'État a précisé que « le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction » (Conseil d'État, 5 février 2016, Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport, req. n°383149).

Les possibles conséquences d'un tel recours sont l'annulation, la résiliation et éventuellement l'indemnisation du candidat injustement évincé, même si une telle concrétisation est toujours loin d'être acquise.

En outre, dans le cadre du recours, la requête pourra être accompagnée d'une demande tendant à la suspension d'urgence de l'exécution du contrat.

À ce sujet, le « référé suspension » a été accueilli favorablement par le juge administratif pour défaut de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public maritime, siège d'une activité économique (Tribunal Administratif de Marseille, ordonnance n°1902792 du 18 avril 2019).

Le juge administratif de Marseille, pour suspendre la signature du contrat d'occupation du domaine public maritime siège d'une activité économique, a notamment considéré que : « le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L.2122-1-4 du code général de la propriété des personnes publiques, qui impose à l'autorité compétente, avant de délivrer un titre habilitant une personne, qui en a spontanément manifesté l'intérêt, à occuper une

dépendance du domaine public, de s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente, est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté... ».

Le juge des référés a ainsi suspendu la possibilité pour l'autorité gestionnaire du domaine public maritime (en l'espèce, le Préfet) de procéder à l'attribution de l'autorisation d'occupation.

En d'autres termes, l'absence de mesure de publicité ou de publicité manifestement adéquate préalablement à la délivrance d'une AOT « siège d'une activité économique », de même qu'une redevance manifestement trop basse ou une durée d'AOT manifestement trop longue, peuvent être considérées comme une sérieuse raison de penser que la décision est illégale. Une telle carence ouvrirait la possibilité aux requérants démontrant d'une urgence et d'un intérêt à agir, de saisir le juge administratif d'un référé suspension en vue de faire échec à la signature de l'autorisation domaniale. Le contentieux au fond reste toujours ouvert.



b) Le contentieux financier

L'attribution d'une AOT siège d'une activité économique avec une redevance manifestement trop basse est susceptible, de caractériser un délit d'avantage injustifié prévu au code des juridictions financières.

Article L313-6 et suivants du Code des juridictions financières:
« Toute personne visée à l'article L. 312-1 qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 300 euros et dont le maximum pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date de l'infraction ».

c) Le contentieux pénal

Les infractions de droit pénal qui entourent généralement les affaires telles que, par exemple, la prise illégale d'intérêt (article 432-12 du Code pénal) ou de délit de corruption (article 432-11 du Code pénal) pourraient trouver application dans le cadre de l'organisation ou de l'absence d'organisation d'une procédure de sélection préalable si les infractions sont effectivement caractérisées.

À noter toutefois qu'en l'état actuel du droit et de la jurisprudence, les AOT seront normalement exclues du champ d'application du délit dit « de favoritisme » qui ne concerne que les marchés publics, les délégations de service public et les concessions (article 432-14 du Code pénal). Le droit pénal étant en principe d'interprétation stricte, il appartiendrait normalement au législateur et non au juge d'étendre l'infraction à la procédure établie par l'ordonnance d'avril 2017.

Annexes

ANNEXE 1 : Proposition de rédaction de clause sur le renouvellement des AOT

Article XX – renouvellement du titre d’occupation

L’octroi de la présente autorisation n’emporte pas de droit à renouvellement. Le gestionnaire du domaine se conformera aux dispositions des articles L. 2122-1-1 à L. 2122-1-4 du CG3P pour l’attribution d’un nouveau titre d’occupation.

ANNEXE 2 : Texte de l’ordonnance

Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques

NOR : ECFM1704343R

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre et du ministre de l’économie et des finances,

Vu la Constitution, notamment son article 38 ;

Vu la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, notamment son article 12 ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu la loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, notamment son article 34 ;

Vu l’ordonnance no 2006-460 du 21 avril 2006 modifiée relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, notamment son article 13 ;

Vu l’ordonnance no 2016-1255 du 28 septembre 2016 modifiant les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques relatives à l’outre-mer ;

Vu l’avis du Conseil national d’évaluation des normes en date du 9 mars 2017 ;
Le Conseil d’État entendu ; Le conseil des ministres entendu,

Ordonne :

Article 1^{er}

Le code général de la propriété des personnes publiques est modifié conformément aux dispositions des articles 2 à 7, 9 à 11 et 13 de la présente ordonnance.

CHAPITRE I^{er} :

Dispositions relatives à l’occupation et à l’utilisation privatives du domaine public

Article 2

L’article L. 2122-1 est complété par deux alinéas ainsi rédigés : « 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. « Dans ce cas, le titre fixe le délai dans lequel l’incorporation doit se produire, lequel ne peut être supérieur à six mois, et précise le sort de l’autorisation ainsi accordée si l’incorporation ne s’est pas produite au terme de ce délai. »

Article 3

Après l’article L. 2122-1, il est inséré les articles L. 2122-1-1 à L. 2122-1-4 ainsi rédigés :

« Art. L. 2122-1-1. – Sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l’article L. 2122-1 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. « Lorsque l’occupation ou l’utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d’autorisations disponibles pour l’exercice de l’activité économique projetée n’est pas limité, l’autorité compétente n’est tenue que de procéder à une 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.

« Art. L. 2122-1-2. – L’article L. 2122-1 n’est pas applicable : « 1o Lorsque la délivrance du titre mentionné à l’article L. 2122-1 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 ;

« 2o Lorsque 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 ;

« 3o Lorsque l’urgence le justifie. La durée du titre ne peut alors excéder un an ;

« 4o Sans préjudice des dispositions figurant aux 1o à 5o de l’article L. 2122-1-3, lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante,

sans que sa durée totale ne puisse excéder celle prévue à l'article L. 2122-2 ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente.

« Art. L. 2122-1-3. – L'article L. 2122-1-1 n'est pas non plus applicable lorsque l'organisation de la procédure qu'il prévoit s'avère impossible ou non justifiée. L'autorité compétente peut ainsi délivrer le titre à l'amiable, notamment dans les cas suivants :

« 1o Lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ;

« 2o Lorsque 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 ;

« 3o Lorsqu'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 ;

« 4o Lorsque 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 ;

« 5o Lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient.

«Lorsqu'elle fait usage de la dérogation prévue au présent article, 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.

«Art. L. 2122-1-4. – Lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L. 2122-1 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.»

Article 4

L'article L. 2122-2 est complété par un alinéa ainsi rédigé : «Lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, sa durée est fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis, sans pouvoir excéder les limites prévues, le cas échéant, par la loi.»

Article 5

Le premier alinéa de l'article L. 2122-7 est complété par la phrase suivante : « De tels transferts ne peuvent intervenir lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre s'y oppose.»

Article 6

Après le 1o du II de l'article L. 2341-1, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « Par dérogation à l'alinéa précédent, les droits résultant du bail ne peuvent faire l'objet d'une cession lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre, prévues à l'article L. 2122-1-1, s'y oppose. »

Article 7

L'article L. 2125-1 est complété par un dernier alinéa ainsi rédigé : « Lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, les modalités de détermination du montant de la redevance mentionnée au premier alinéa sont fonction de l'économie générale du contrat. Lorsque ce contrat s'exécute au seul profit de la personne publique, l'autorisation peut être délivrée gratuitement. »

Article 8

Après le 1o de l'article L. 1311-3 du code général des collectivités territoriales, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Par dérogation à l'alinéa précédent, les droits résultant du bail ne peuvent faire l'objet d'une cession lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre, prévues à l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, s'y oppose. »

CHAPITRE II

Dispositions relatives aux déclassements et aux cessions

Article 9

Le premier alinéa de l'article L. 2141-2 est remplacé par les dispositions suivantes : «Par dérogation à l'article L. 2141-1, le déclassement d'un immeuble appartenant au domaine public artificiel des personnes publiques et affecté à un service public ou à l'usage direct du public peut être prononcé dès que sa désaffectation a été décidée alors même que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement. Ce délai ne peut excéder trois ans. Toutefois, lorsque la désaffectation dépend de la réalisation d'une opération de construction, restauration ou réaménagement, cette durée est fixée ou peut être prolongée par l'autorité administrative compétente en fonction des caractéristiques de l'opération, dans une limite de six ans à compter de l'acte de déclassement. En cas de vente de cet immeuble, l'acte de vente stipule que celle-ci sera résolue de plein droit si la désaffectation n'est pas intervenue dans ce délai. L'acte de vente comporte également des clauses relatives aux conditions de libération de l'immeuble par le service public ou de reconstitution des espaces affectés à l'usage direct du public, afin de garantir la continuité des services publics ou l'exercice des libertés dont le domaine est le siège.»

Article 10

Après l'article L. 3112-3, il est inséré un article L. 3112-4 ainsi rédigé : « Art. L. 3112-4. – Un bien relevant du domaine public peut faire l'objet d'une promesse de vente ou d'attribution d'un droit réel civil dès lors que la désaffectation du bien concerné est décidée par l'autorité administrative compétente et que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation permettant le déclassement ne prenne effet que dans un délai fixé par la promesse.

« A peine de nullité, la promesse doit comporter des clauses précisant que l'engagement de la personne publique propriétaire reste subordonné à l'absence, postérieurement à la formation de la promesse, d'un motif tiré de la continuité des services publics ou de la protection des libertés auxquels le domaine en cause est affecté qui imposerait le maintien du bien dans le domaine public.

«La réalisation de cette condition pour un tel motif ne donne lieu à indemnisation du bénéficiaire de la promesse que dans la limite des dépenses engagées par lui et profitant à la personne publique propriétaire.»

Article 11

L'article L. 3212-2 est complété par un 8o ainsi rédigé : « 8o Les cessions au profit d'États étrangers de biens meubles du ministère de la défense, y compris de matériels de guerre et assimilés, lorsqu'elles contribuent à une action d'intérêt public, notamment diplomatique, d'appui aux opérations et de coopération internationale militaire. Les cessions peuvent concerner des biens acquis à cette fin ou des biens dont le ministère de la défense n'a plus l'emploi. La valeur des biens cédés ne peut dépasser un plafond annuel fixé par arrêté conjoint du ministre de la défense et du ministre des finances. »

Article 12

Les biens des personnes publiques qui, avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, ont fait l'objet d'un acte de disposition et qui, à la date de cet acte, n'étaient plus affectés à un service public ou à l'usage direct du public peuvent être déclassés rétroactivement par l'autorité compétente de la personne publique qui a conclu l'acte de disposition en cause, en cas de suppression ou de transformation de cette personne, de la personne venant aux droits de celle-ci ou, en cas de modification dans la répartition des compétences, de la personne nouvellement compétente. Les dispositions des articles L. 3112-1 et L. 3112-2 du code général de la propriété des personnes publiques sont applicables aux cessions et échanges entre personnes publiques réalisés antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 21 avril 2006 susvisée.

CHAPITRE III

Dispositions relatives à l'outre-mer et finales

Article 13

I. – Le tableau de l'article L. 5511-2 est ainsi modifié (...),

Article 14

I. – Le premier alinéa de l'article 12 de la présente ordonnance est applicable: 1o En Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, au domaine public des établissements publics de l'État, des communes, de leurs groupements et établissements publics ; 2o Aux îles Wallis et Futuna, au domaine public de l'État et de ses établissements publics.

II. – Pour l'application du second alinéa de l'article 12 de la présente ordonnance à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, les mots : « l'ordonnance du 21 avril 2006 susvisée » sont remplacés par les mots : « l'ordonnance du 28 septembre 2016 susvisée ».

Article 15

Le chapitre Ier de la présente ordonnance est applicable aux titres délivrés à compter du 1er juillet 2017.

Article 16

Le Premier ministre, le ministre de l'économie et des finances, le ministre de la défense et la ministre des Outre-mer sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au Journal officiel de la République française.

Fait le 19 avril 2017.

FRANÇOIS HOLLANDE

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,

BERNARD CAZENEUVE

Le ministre de l'économie et des finances,

MICHEL SAPIN

Le ministre de la défense,

JEAN-YVES LE DRIAN

La ministre des outre-mer,

ERICKA BAREIGTS

ANNEXE 3 : CIRCULAIRE METTANT EN APPLICATION L'ORDONNANCE DU 19 AVRIL 2017 RELATIVE À LA PROPRIÉTÉ DES PERSONNES PUBLIQUES – UN CAS D'APPLICATION

BOFIP-GCP-17-0018 du 21/11/2017NOR:CPAE1727822CCirculaire du 19 octobre 2017 APPLICATION DES DISPOSITIONS DE L'ORDONNANCEN° 2017-562 DU 19 AVRIL 2017 RELATIVEA LA PROPRIETE DES PERSONNES PUBLIQUES – DELIVRANCE DE TITRES D'OCCUPATIONDE COURTE DURÉE – UN CAS D'APPLICATION : LES FÊTES FORAINES ET LES CIRQUES

Direction de l'Immobilier de l'État

Résumé : La délivrance de certains titres d'occupation du domaine public est, depuis le 1^{er} juillet dernier, soumise à une procédure de sélection entre les candidats potentiels, lorsque leur octroi a pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique. La présente circulaire a vocation à préciser les modalités d'application de cette ordonnance aux besoins spécifiques des professionnels du cirque et de la fête foraine. Elle met en exergue que la procédure de publicité simplifiée, prévue par l'ordonnance pour les occupations de courte durée, convient pour un grand nombre des demandes d'installation des forains et des cirques.

Date d'application : 19/10/2017 DOCUMENTS À ABROGER
BOFIP-GCP-17-0018 du 21/11/2017 - MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, MINISTÈRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS Paris, le 19 octobre 2017

Le ministre d'État, ministre de l'intérieur
Le ministre de l'action et des comptes publics

À Mesdames et Messieurs les préfets de département de métropole et d'outre-mer NOR : CPAE 1727822C Objet : Application des dispositions de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques – Délivrance de titres d'occupation de courte durée – un cas d'application : les fêtes foraines et les cirques.

Réf : ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques;- article L. 2122-1-1 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques La délivrance de certains titres d'occupation du domaine public est, depuis le 1^{er} juillet dernier, soumise à une procédure de sélection entre les candidats potentiels, lorsque leur octroi a pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique. La présente circulaire a vocation à préciser les modalités d'application de cette ordonnance aux besoins spécifiques des professionnels du cirque

et de la fête foraine. Elle met en exergue que la procédure de publicité simplifiée, prévue par l'ordonnance pour les occupations de courte durée, convient pour un grand nombre des demandes d'installation des forains et des cirques. L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, entrée en application le 1^{er} juillet 2017, introduit dans le code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) les articles L. 2122-1-1 à L.2122-1-4. Ces nouvelles dispositions soumettent la délivrance de certains titres d'occupation du domaine public 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 public. L'ordonnance du 19 avril 2017 assure une mise en cohérence du droit national avec la jurisprudence européenne (CJUE, 14 juillet 2016, Promoimpresa Srl et Mario Melis e.a. - affaire C-458/14 et C-67/15) qui a énoncé une obligation de transparence dans l'attribution des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine lorsque ces titres ont pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique. L'ordonnance institue ainsi, à compter du 1^{er} juillet 2017, un principe de sélection préalable des demandeurs de certaines autorisations d'occupation ou d'utilisation du domaine public. Ces mesures de sélection, destinées à assurer le respect d'un principe de transparence, ne relèvent pas des procédures formalisées de la commande publique. Toutefois, dans le respect de ce principe de transparence, l'ordonnance a prévu des situations dans lesquelles l'autorité compétente n'a pas l'obligation d'organiser une procédure de sélection. Les dispositions relatives à ces situations ont vocation à s'appliquer à de nombreux cas de fêtes foraines et de cirques. Il faut noter que l'ordonnance ne change rien à l'obligation pour la collectivité de délivrer un titre d'occupation assorti d'une redevance.

BOFIP-GCP-17-0018 du 21/11/2017 - La présente circulaire précise, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, les modalités d'application de cette ordonnance aux besoins spécifiques des professionnels du cirque et de la fête foraine.1 - Le second alinéa de l'article L. 2122-1-1 du CG3P dispose que «Lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une 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.» Ainsi, l'ordonnance, dans le respect du principe de transparence énoncé, prévoit «une procédure «simplifiée» visant les occupations de courte durée délivrées quotidiennement par les personnes publiques: manifestations artistiques et culturelles, manifestations d'intérêt local, privatisations temporaires de locaux..., pour lesquelles de simples mesures de publicité préalable devront être mises en œuvre. Il en va de même lorsqu'il existe

une offre foncière disponible suffisante pour l'exercice de l'activité projetée, c'est-à-dire lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice d'une activité donnée est suffisant par rapport à la demande. Autrement dit, sont visées par là des situations n'ayant pas pour effet de restreindre ou de limiter la libre concurrence.»

1 - L'autorité compétente doit continuer à apprécier, comme avant la parution de l'ordonnance du 19 avril 2017, les enjeux économiques de l'occupation du domaine public avant de choisir le type de publicité auquel elle aura recours, afin de garantir le respect du principe de libre concurrence. Cette disposition relative aux occupations de courte durée pour l'exercice d'une activité économique a vocation à s'appliquer notamment aux fêtes foraines et aux cirques dont la présence s'inscrit la plupart du temps dans un contexte d'animation locale festive traditionnelle. L'ordonnance, qui autorise la mise en œuvre d'une procédure simplifiée pour la courte durée par le gestionnaire du domaine, n'a pas précisé la forme que devaient prendre les «simples mesures de publicité préalable» nécessaires pour les «occupations de courte durée» du domaine public. Toutefois, il importe de retenir l'objectif de l'ordonnance qui est de conduire l'autorité compétente à informer les candidats potentiels de l'étendue et des conditions d'attribution du domaine public ouvert à l'occupation ou à l'utilisation privative (terrains, places, monuments bâtiments...). Dans ce contexte, il est par exemple permis aux collectivités de se limiter à une publication annuelle des conditions générales d'attribution de leur domaine public aux fins de porter à la connaissance de tous les espaces ouverts à l'utilisation privative et ceux qui éventuellement en sont exclus. Les conditions générales d'attribution recouvrent ainsi l'ensemble des aspects pratiques utiles à la formalisation de la demande d'occupation en indiquant notamment l'identification du service compétent, le montant de la redevance d'occupation du domaine public ou ses modalités de calcul. Cette publicité peut se traduire par un affichage en mairie, par la publication de l'information sur le site internet de la commune, ou par la publication dans un quotidien à fort tirage.

2 - Le nouvel article L. 2122-1-3 du CG3P prévoit également un régime spécifique d'attribution des autorisations d'occupation du domaine public lorsque l'organisation de la procédure de sélection préalable s'avère «impossible ou non justifiée». Cet article mentionne cinq cas au titre desquels l'autorisation peut être délivrée à l'amiable. Au regard de la rédaction retenue - «L'autorité peut délivrer le titre à l'amiable notamment dans les cas suivants (...)» - cette liste n'est pas exhaustive. En attendant que la jurisprudence ait précisé cette notion, il paraît possible de considérer que la sélection préalable est «non justifiée» lorsque les enjeux économiques et les enjeux en termes de respect de la concurrence sont très faibles, au point que le recours à la sélection apparaît disproportionné.

Toutes les délivrances amiables de titres imposent à l'autorité de rendre publiques les considérations de droit et de fait ayant motivé sa décision.

Nous tenons à vous rappeler les termes de l'instruction du 7 avril 2017 relative aux médiations concernant les installations de cirques avec animaux et fêtes foraines (NOR: INTA1710483J) qui vous invite, en cas de difficulté ou de litige à l'occasion de l'installation de cirques ou de fêtes foraines, et sans remettre en cause les compétences des collectivités territoriales, à favoriser le dialogue et la concertation préalable entre les professionnels du secteur et les collectivités concernées.

Par ailleurs, toute mesure d'interdiction générale et absolue des cirques et fêtes foraines doit faire l'objet d'une attention particulière. En effet, de telles mesures ne peuvent être prises, d'une façon générale et absolue, sur le territoire de la commune (CE, 22 juin 1951, Daudignac; CE, 5 février 1960, commune de Mougins; CE, 4 mai 1984, n° 49153) sans encourir la censure du juge administratif. Il vous appartient donc de vous y opposer au titre du contrôle de légalité. Nous vous remercions de bien vouloir assurer la diffusion de cette circulaire auprès des maires de votre département afin qu'ils puissent être éclairés sur les conditions de mise en œuvre des nouvelles dispositions du CG3P, notamment en ce qui concerne l'installation des cirques et des fêtes foraines sur le domaine public de leur commune.

Gérard COLLOMB

Gérald DARMANIN



ANNEXE 4 : TITRE DE L'OBJET DE LA PROCÉDURE DE SÉLECTION PRÉALABLE

- **Nature :**
Terreplein/poste à flot
Commerce, bureau, atelier, terrasse...
Plan, référence ou situation de la parcelle.
- **Destination/type d'activité envisagée :**
Ouverte/privilégiée ou imposée/exclusive
(Ex. : location de navires de plaisance à la journée ou à la semaine)
En cas d'activité dite prioritaire ou privilégiée (ex. : location de navire),
l'absence de candidature sur ce type d'activité permettra
la sélection éventuelle d'une activité non prioritaire.
- **Surface totale en m² :**
Répartition de la surface :
 - Locaux
 - Extérieur
 - À flot
 - À édifier
- **Conditions générales d'exploitation dans le respect
des règlements en vigueur :**
Règlement de police du port :
Télécharger le règlement de police du port
- **Autres :**
Redevance d'occupation annuelle H.T. fixe et/ou variable :
si celle-ci est déjà fixée au tarif public en vigueur
(sinon critères de sélection)
Charges annuelles H.T. : Au réel/forfaitaire
Voir les CONDITIONS PRÉALABLES AU DÉPÔT DE CANDIDATURE
Date limite de demande de renseignements : XX/XX/XXXX
Date limite de prise en compte des dossiers : XX/XX/XXXX à XXhXX

