



***Courrier d'information envoyé par messagerie électronique
aux Présidentes et Présidents d'Université***

Objet : CROUS et procédure de gré à gré avec les universités

Paris, le 16 mai 2021

Madame la Présidente, Monsieur le Président,

Historiquement, c'est la première fois que l'AIRES s'adresse directement aux Présidentes et Présidents d'Université. Permettez-nous donc de nous présenter, de préciser le contexte et d'expliquer le sens de notre démarche.

L'Association Interprofessionnelle des Résidences Étudiants et Services (AIRES) représente un parc de taille équivalente à celui des CROUS¹². Ses adhérents sont des exploitants de résidences soit en secteur conventionné (organismes à but non lucratif issus de l'Économie sociale et solidaire), soit en secteur libre (sociétés commerciales et organismes à but non lucratif).

Comme vous le savez, le logement étudiant constitue l'un des critères pris en compte par le classement international de Shanghai. Les Établissements Publics à caractère Scientifique, Culturel et Professionnel, dans leur politique d'attractivité, ont des besoins divers et doivent offrir une mixité de solutions d'hébergement et de logement.

Un protocole d'accord entre la CPU, l'USH et le CNOUS a été signé en octobre 2020. Il se présente comme un « *Protocole pour la mobilisation de l'ensemble des acteurs en faveur du logement des étudiants et des jeunes* ». Pour autant, ni le Groupe Action Logement, ni la Conférence des grandes écoles, ni l'Association des villes universitaires de France, ni les organisations représentatives étudiantes (dont la première d'entre elles, la FAGE), ni bien entendu l'AIRES, n'ont été sollicités pour être signataires de ce document. Quelques mois plus tard, le 29 mars 2021, M. Thierry Bégué, Directeur du CROUS de Paris et ancien "Monsieur Logement" du CNOUS, a déclaré lors de son audition au Sénat : « *Le réseau des CROUS souhaite bénéficier d'une dérogation pour procéder de gré à gré sur les campus universitaires.* »

De nombreux établissements d'enseignement supérieur ne veulent pas confier exclusivement les logements étudiants aux CROUS, car la diversité de l'offre est la meilleure des garanties pour favoriser

¹ Si on rapporte le nombre de logements en résidence dédiée aux 2,7 millions d'étudiants en France, l'offre est de 375 000 logements (13,8 %). Elle se répartit en trois familles : le parc des 175 000 logements CROUS, celui des 60 000 logements du parc social (bailleurs sociaux en direct ou associations) et enfin les 140 000 logements du secteur libre des résidences dédiées.

l'attractivité internationale des universités et des territoires. L'AIRES s'est donc adressée à la *Mission 60 000 logements (étudiants) et 20 000 logements (jeunes actifs)*, co-pilotée par M. Yves Rauch, pour la DHUP au Ministère chargé du Logement, et M. Jean-François Clerc, pour la DGESIP au MESRI, afin de connaître la position de l'Etat sur le sujet. Nous imaginions bénéficier ainsi d'éclaircissements, dans la mesure où un webinaire consacré au foncier universitaire était organisé par la puissance publique fin avril 2021. Hélas, l'AIRES n'y a pas été invitée et a même essuyé une fin de non-recevoir le 16 avril 2021, au titre d'un souhait de « *privilégier sur des fonciers publics des acteurs publics* ».

Dans ce contexte, nous avons sollicité le Cabinet *Sphère Avocats* afin de savoir si l'attribution d'autorisations par une université, au profit d'un CROUS, pour la valorisation du foncier pouvait intervenir sans respecter les principes d'impartialité et d'égalité de traitement. Par souci de transparence et d'information, nous vous adressons une copie de la consultation de 17 pages rédigée à cette occasion par Maître Bruno Basset. Cette analyse détaille, d'une part, le risque contentieux qui pèse sur une université qui s'engagerait dans une politique de gré à gré avec un CROUS, et permet désormais, d'autre part, à l'ensemble des parties prenantes de pouvoir agir en parfaite connaissance de cause.

La vision hégémonique en faveur des seuls CROUS, promue et défendue par la *Mission 60 000*, ne répond ni à la demande d'attractivité des établissements et des territoires, ni à celle des étudiants de pouvoir disposer d'un logement autonome pour réussir leurs études. Cette incapacité à penser et appréhender la multiplicité des solutions d'hébergement a un triple impact. Tout d'abord, comme nous l'expliquent nos conseils, elle est par nature source de conflictualité juridique. Ensuite, en se concentrant sur les seuls CROUS, elle oublie de valoriser des initiatives exemplaires réalisées en logement libre, en particulier par des universités³. Enfin, elle s'inscrit en porte à faux de la stratégie « *Bienvenue en France* » qui vise à accueillir 500 000 étudiants internationaux en mobilité en 2027. Le *Plan 60 000 logements (étudiants) et 20 000 logements (jeunes actifs)*, issu d'un engagement du Président de la République, n'est-il pas au point mort ?⁴

Le bon sens reviendra peut-être... En attendant, l'AIRES privilégie l'information et la prévention. C'est dans cet esprit que nous avons décidé de créer une cellule de veille autour des questions de logements étudiants, et plus particulièrement des relations entre les CROUS et les universités.

Encourager les universités à s'emparer de la question du logement étudiant est au cœur de notre démarche. Nous continuerons donc à vous informer et à répondre à vos préoccupations. Nous pensons que les acteurs locaux et universitaires disposent de suffisamment de discernement, et feront preuve d'intelligence territoriale – ceci, d'autant plus qu'une offre diversifiée demeurera toujours la meilleure des publicités pour les territoires universitaires.

Nous restons, Madame la Présidente, Monsieur le Président, à votre entière disposition et vous prions d'accepter nos salutations les plus respectueuses.

Philippe Campinchi



Délégué Général de l'AIRES

E-mail : contact@aires.fr Tél. : 0684606274

³ Le périmètre du Plan 60 000 se limite au seul logement conventionné. Par conséquent, les résidences construites en libre par l'Université Paris-Dauphine et sa filiale *Dauphine Housing* comme celles qui pratiquent des loyers garantis par *VISALE*, qui sont produites dans des villes moyennes grâce à l'épargne des particuliers ou qui sont exemplaires en termes de développement durable ou de services innovants sont ignorées par la puissance publique.

⁴ Au 10 mars 2021, 16 327 logements conventionnés sont pointés dans le tableau de suivi de la *Mission 60 000* soit 4 471 en 2018, 6 317 en 2019 et 5 539 en 2020.



Avocats associés

BRUNO BASSET

Docteur en Droit
Avocat associé
brunobasset@sphere-avocats.com

SOLENE BERNARD

Avocat associé
solenebernard@sphere-avocats.com

FABIEN MACAGNO

Docteur en Droit
Avocat associé
fabienmacagno@sphere-avocats.com

Counsels (on & of)

MATHIEU BOURGEOIS

Avocat of Counsel
mathieubourgeois@sphere-avocats.com

SANDRINE THELCIDE

Avocate Counsel
sandrinelthelcide@sphere-avocats.com

Association AIRES
42 avenue Georges V
75 008 PARIS

A l'attention de Monsieur Philippe Campinchi

Le 27 avril 2021 à Paris,

Par message électronique

Nos REF : ASA75/21-1 - CROUS

Objet : CROUS et procédure de gré à gré avec les universités

Monsieur,

Vous vous interrogez sur la faculté pour le CROUS d'obtenir, à l'issue d'une procédure de simple gré à gré, un titre qui habiliterait cet établissement public à exploiter le foncier appartenant aux universités.

En d'autres termes, se pose la question de savoir si l'attribution d'autorisations au profit du CROUS par les universités pour la valorisation de leur foncier peut intervenir librement sans respecter ainsi un minimum de transparence.

Et, auquel cas, de connaître les moyens juridiques mis à votre disposition pour contester les attributions opérées sans une procédure de sélection préalable.

Etant précisé que le protocole conclu entre la Conférence des présidents d'universités et le CNOUS n'est pas susceptible de recours, s'agissant de déclarations d'intentions qui n'ont aucune force contraignante en tant que telles.

*

SPHÈRE AVOCATS

AARPI inter-barreaux
contact@sphere-avocats.com
www.sphere-avocats.com

Paris

28 rue Darcet
75017 Paris

Bayonne

15 Allées marines
64100 Bayonne

T 01 87 44 85 66
F 01 83 71 97 12

I.- Le périmètre de l'analyse

A titre liminaire, il convient de préciser que la présente étude ne se concentre que sur la problématique née de la délivrance de titres d'occupation domaniale par les universités.

Ce choix s'explique pour deux raisons.

La première raison résulte de la pratique communément mise en œuvre par les universités.

En effet, les universités, afin de valoriser leur foncier, recourent essentiellement à des titres portant occupation de leur domaine public.

La seconde raison tient aux contraintes propres aux contrats relevant de la commande publique.

En l'occurrence, si l'université envisageait la passation d'un marché ou encore d'une concession, elle serait par principe (des exceptions existent toutefois) amenée, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, à mettre en œuvre les mesures de publicité et de mise en concurrence correspondantes.

A l'inverse, les occupations domaniales, qui ne sont pas soumises au droit de la commande publique (article L. 1100-1 du code de la commande publique), ne font pas systématiquement l'objet d'une procédure de mise en concurrence, et ce, en dépit de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017.

Le CROUS, assurément conscient de l'incertitude entourant l'application de l'ordonnance en question, pourrait donc envisager d'obtenir auprès des universités la délivrance de titres d'occupation domaniale de gré à gré.

Il importe donc d'appréhender précisément les règles applicables à ces autorisations.

C'est la raison d'être de la présente étude.

Elle se présente en quatre parties :

- Une définition des notions clefs **(II)**
- Une présentation des titres d'occupation sur le domaine privé **(III)**
- Une présentation des titres d'occupation sur le domaine public **(IV)**
- Une présentation des actions juridiques à intenter **(V)**

II.- Sur la définition des concepts en cause

Au terme de votre demande, vous faites référence à la notion de foncier universitaire.

Il apparaît tout d'abord nécessaire, afin d'appréhender les contours de cette appellation, de clarifier les notions de propriété (1) et de domanialité (2).

(1). Distinction entre foncier universitaire et propriété des universités

Le foncier universitaire, entendu dans son acception large, n'implique pas nécessairement que l'université en soit propriétaire.

Certes, l'université peut revendiquer la propriété de biens acquis par elle-même ou encore à la suite de dons.

Egalement, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007, les universités ont pu se voir attribuer la propriété des biens mobiliers et immobiliers appartenant précédemment à l'Etat qui leur étaient affectés.

Cette possibilité est codifiée aujourd'hui à l'article L. 719-14 du code de l'éducation qui précise ainsi que : « *L'Etat et l'Etablissement public de Paris-Saclay peuvent transférer aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel qui en font la demande la pleine propriété des biens mobiliers et immobiliers appartenant à l'Etat ou à l'Etablissement public de Paris-Saclay qui leur sont affectés ou sont mis à leur disposition. Ce transfert s'effectue à titre gratuit* ».

Si ce transfert est effectué, les établissements publics visés que sont les universités deviennent pleinement propriétaires des biens mobiliers et immobiliers qui leur étaient affectés par l'Etat.

Toutefois, et dans la majeure partie des cas, les universités continuent d'être simplement affectataires de dépendances de l'Etat.

L'article L.762-2 du code de l'éducation permet en effet à l'Etat de confier aux établissements publics d'enseignement supérieur la maîtrise d'ouvrage des constructions universitaires. Ce même article autorise également ces établissements à exercer, à l'égard de ces locaux comme de ceux qui leur sont affectés ou qui sont mis à leur disposition par l'Etat, les droits et obligations du propriétaire (2341-2 du code général de la propriété des personnes publiques, ci-après CGPPP).

Cette distinction n'a néanmoins pas d'incidence sur le statut des contrats.

En effet, en tant qu'affectataire des dépendances de l'Etat, l'université peut conclure sur ces biens les mêmes types de conventions que sur les biens dont elle a acquis la pleine propriété sur le fondement de l'article L. 719-14 du code de l'éducation précité.

(2). Distinction entre le domaine public et privé de l'université

Le patrimoine immobilier des universités se compose de deux éléments : un domaine public et un domaine privé.

Cette distinction a son importance, dans la mesure où l'appartenance d'un bien au domaine public ou privé de l'université a une incidence sur le type de contrat pouvant être conclu et les obligations en matière de mise en concurrence qui en découlent.

a.- En l'occurrence, sont considérés comme appartenant au domaine public, selon les dispositions de l'article L. 2111-1 du CGPPP, notamment les biens qui sont « soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

Font également partie du domaine public les accessoires indissociables de ce domaine (L. 2111-2 CGPPP), ou encore les éléments formant un tout indivisible avec le domaine public immobilier (L. 2211-1 du CGPPP).

Appliqués aux universités, ces principes conduisent à considérer que les chambres, affectées au service public du logement des étudiants, font partie du domaine public.

La jurisprudence a, à plusieurs reprises, retenu cette qualification en dépit de l'absence de caractérisation particulière de l'aménagement indispensable.

A titre d'exemple, le Tribunal administratif de Lille a jugé que « l'appartement occupé par M. E C D est affecté au service public du logement des étudiants et, faisant l'objet d'un aménagement indispensable, fait partie du domaine public » (TA Lille, 7 juillet 2016, **CROUS de Lille**, req. n° 1604598).

De même, le Tribunal administratif de Montpellier a estimé que « l'Etat a mis à la disposition du CROUS, sur sa demande et pour l'exercice des missions de service public qui lui sont confiées, l'ensemble immobilier (...) qui accueille la cité universitaire (...); que les parcelles visées par la convention (...) sont ainsi affectées au service public universitaire ; que la parcelle (...) constitue ainsi une dépendance du domaine public de l'Etat ; » (TA Montpellier, 14 mars 2016, **Cité universitaire de la Colombière**, req. n° 1600944).

Egalement, les locaux universitaires affectés à l'enseignement tels que les salles de cours, les bibliothèques ou encore les laboratoires doivent être regardés comme participant au service public de l'enseignement et pourvus d'un aménagement indispensable.

b.- Pour ce qui est du domaine privé, celui-ci se définit par simple opposition aux biens qui ne relèvent pas du domaine public (L. 2211-1 du CGPPP).

La loi détermine également l'appartenance de certains bien au domaine privé.

C'est notamment le cas des réserves foncières et des immeubles à usage de bureau.

Il résulte ainsi de l'article L. 2211-1 du CGPPP que « *font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre Ier du livre Ier. Il en va notamment ainsi des réserves foncières et des biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public* ».

Dans le cas des universités, certains bureaux peuvent donc demeurer dans le domaine privé, à supposer toutefois qu'ils ne forment pas un ensemble indivisible avec un bien appartenant au domaine public.

Ces précisions faites, il convient d'en venir aux titres d'occupation domaniale envisageables sur chacun des domaines concernés.

II.- Sur les titres d'occupation du domaine privé universitaire

Il convient dans un premier temps d'envisager les titres d'occupation autorisés (1) avant d'en venir aux modalités de leur délivrance (2).

(1). Sur les titres d'occupation envisageables

Au terme de l'article L. 2221-1 du CGPPP, il est énoncé que « *Ainsi que le prévoient les dispositions du second alinéa de l'article 537 du code civil, les personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables* ».

Selon ce même article, les personnes publiques comme l'université disposent de l'ensemble des instruments de droit privé pour autoriser l'occupation des biens relevant de son domaine privé.

L'université peut donc, sur son domaine privé, conclure des baux emphytéotiques de droit commun (article L. 451-1 et suivants du code rural) ou encore à la conclusion d'un bail à construction dont l'objet est principalement d'édifier des constructions au terme de l'article L.251-1 du code de la construction et de l'habitation¹.

Egalement, des contrats de mise à disposition de locaux peuvent être envisagés.

Reste qu'eu égard à ce qui a été mentionné précédemment, le domaine privé des universités demeure particulièrement restreint.

Il a même d'autant moins vocation à se rencontrer dans la relation éventuellement nouée avec le CROUS qui remplit quasi-exclusivement une mission de service public de logement des étudiants.

¹ « *Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail* ».

Aussi, le CROUS interviendra sur des biens considérés comme appartenant au domaine public du fait de leur affectation à l'enseignement ou encore au logement.

En tout état de cause, et parce que la difficulté d'espèce peut dépasser le CROUS et concerner d'autres acteurs du logement étudiant, il convient de s'attarder sur les exigences de passation qui viseraient spécifiquement ces titres.

(2). Sur les règles de délivrance des titres sur le domaine privé

A supposer que l'université envisage de procéder sur son domaine privé à la délivrance d'un titre d'occupation au profit du CROUS, serait-elle contrainte de procéder à une procédure de *sélection préalable* ?

Du point de vue du droit interne, la question n'est pas encore explicitement tranchée.

En effet, aucune disposition du CGPPP n'envisage l'organisation d'une procédure qui pourrait s'apparenter à une mise en concurrence préalable.

En revanche, si l'on se fie à la jurisprudence européenne, la réponse est inverse.

En effet, dans un arrêt *Promoimpresa* du 14 juillet 2016 (*aff. C-458/14*)², la Cour de Justice de l'Union Européenne a considéré que lorsque le nombre d'autorisation disponible pour une activité était limitée, l'attribution de l'autorisation devait être subordonnée à une procédure de sélection préalable.

Fort de cette jurisprudence, le gouvernement a estimé, dans des réponses successives, que la délivrance de titres sur le domaine privé devait garantir le respect des principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement.

Une première réponse ministérielle du 29 janvier 2019 a ainsi précisé 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* » (*Assemblée Nationale, 29 janvier 2019, n° 12868, p.861*)

Une deuxième réponse ministérielle du 30 janvier 2020 a à l'unisson indiqué que : « *L'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, (...), impose aux gestionnaires du domaine public d'organiser une procédure de sélection préalable, assortie de mesures de publicité, pour la délivrance de titres d'occupation du domaine public à des fins d'exploitation économique, en particulier lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée est limité. Cette obligation, qui comporte des exceptions et des aménagements, n'a pas expressément été rendue applicable par le législateur aux biens appartenant au domaine privé des personnes publiques. Cette obligation découle néanmoins de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 juillet 2016 dite «*

² Il a été ainsi jugé que : « *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, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture* ».

Promoimpresa », qui l'a consacrée sans distinguer selon que les dépendances en cause relèvent du domaine public ou du domaine privé des personnes publiques. **Les titres d'occupation délivrés pour l'exercice d'une activité économique sur le domaine public ou privé des personnes publiques présentent en effet les caractéristiques d'une autorisation au sens de la directive 2006/123 dite « services », en ce qu'ils constituent des actes formels devant être obtenus par les prestataires auprès des autorités compétentes pour pouvoir exercer leur activité. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, de telles autorisations, quelle qu'en soit la forme, unilatérale ou conventionnelle, doivent donc être soumises à une procédure de sélection entre les candidats potentiels lorsqu'elles sont en nombre limité** » (JO Sénat, 13 janvier 2020, n°13180, p.537).

Par voie de conséquence, il serait possible de contester – selon des modalités exposées ci-après - un titre d'occupation délivré directement au CROUS par l'université et qui porterait sur le domaine privé.

Il pourrait même être risqué, pour l'université, de se croire fondée à bannir toute sélection préalable alors qu'un premier grief pourrait d'emblée être formulé sur le caractère nécessairement public du domaine sur lequel le titre est établi, et ce, au regard du statut et des missions du CROUS.

Mais quand bien même le CROUS pourrait légalement détenir un titre portant sur le domaine privé de l'université, il ne serait pas admissible que perdure une opacité dans la délivrance des titres d'occupation, alors, au demeurant, que d'autres prestataires pourraient remplir des missions identiques, notamment dans le domaine de la construction du logement social.

A titre d'exemple, un décret du 3 août 2019 vient de mettre en œuvre la possibilité ouverte aux bailleurs sociaux, par la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et la citoyenneté, de construire, d'acquérir et de gérer des résidences universitaires.

Aussi, il pourrait donc être envisagé, en se prévalant du droit européen, d'exciper de l'illégalité d'une autorisation qui serait délivrée au CROUS sans procédure de sélection sur le domaine privé universitaire.

III.- Sur titres d'occupation du domaine public universitaire

Seront d'abord envisagés les titres d'occupation admissibles sur le domaine public de l'Etat **(1)** avant d'appréhender la procédure de sélection à mettre en œuvre **(2)**.

(1). Sur les titres d'occupation envisageables

a.- L'université peut premièrement délivrer des autorisations d'occupation temporaire du domaine public (AOT) constitutives de droits réels.

Celles-ci y sont autorisées par le truchement de l'article L. 2341-2 du CGPPP à délivrer des titres constitutifs de droits réels que cela soit sur le domaine dont elles sont propriétaires ou encore mis à la disposition par l'Etat : *« Les établissements publics d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur ou conjointement des ministres chargés de l'enseignement supérieur et de l'agriculture sont compétents pour assurer l'entretien et la gestion des biens immobiliers dont ils sont propriétaires ou qui sont mis à leur disposition par l'Etat ainsi que la valorisation immobilière de ces biens et les opérations immobilières d'aménagement des campus, hors cession des biens mis à leur disposition par l'Etat. Ils sont compétents pour délivrer sur ces biens des titres constitutifs de droits réels à un tiers et pour en fixer les conditions financières »*.

L'article L. 719-14 du code de l'éducation précisant également que : *« Les biens qui sont utilisés par l'établissement pour l'accomplissement de ses missions de service public peuvent faire l'objet d'un contrat conférant des droits réels à un tiers, sous réserve de l'accord préalable de l'autorité administrative compétente et de clauses permettant d'assurer la continuité du service public »*.

b. L'université peut également préférer opter pour une convention d'occupation du domaine public, les dispositions de l'article L.2122-11 du CGPPP admettant parfaitement cette hypothèse sur le domaine public de l'Etat : *« Les dispositions du présent paragraphe sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public »*.

Il est toutefois précisé que les clauses de la convention devront dans ce cas respecter les dispositions applicables aux AOT constitutives de droits réels qui s'imposent aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public (CE, 11 mai 2016, **commune de Fos sur Mer**, req. n° 390118).

c.- L'université dispose également de la possibilité de recourir sur le domaine public d'Etat à deux types de baux emphytéotiques.

Le premier, appelé BEA logement social, permet à l'établissement public de conclure un bail emphytéotique sur le fondement de l'article L. 451-1 du code rural en vue de la réalisation de logements sociaux (Loi n° 2009-179).

Le second, appelé BEA de valorisation, permet sur un bien immobilier appartenant à l'Etat (ce qui exclut ce montage sur le domaine propre de l'université) de procéder à la

conclusion d'un bail en vue de sa restauration, de sa réparation ou encore de sa mise en valeur. (L. 2341-1 CGPPP).

Mais, dans l'un et l'autre cas, ces contrats ne doivent pas avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis au code de la commande publique³.

Il est probable que les universités, résolues à s'affranchir des règles de la commande publique, agissent en sorte que les contrats ne traduisent pas un besoin précis de leur part, en expurgeant notamment ces derniers de toutes spécifications techniques.

En d'autres termes, en évitant de prévoir des contraintes techniques ou autres à l'endroit du CROUS dans le cadre de travaux de réhabilitation ou de construction, l'université pourrait ainsi se croire à l'abri de toute requalification en contrat de la commande publique.

Mais cette logique n'est elle-même pas sans risque.

En effet, sauf à priver d'effet la volonté du législateur de recentrer les titres d'occupation domaniale sur leur vocation première, à savoir l'occupation stricte du domaine, l'appréciation de la notion de réponse à un besoin devrait s'apprécier strictement⁴.

Car comment considérer qu'un CROUS qui répond à une mission de service public et participe à la construction de logements ou la réhabilitation de logements au profit des universités précisément déficitaires ne répondrait pas à un besoin de ces dernières ?

En conséquence, et d'une manière générale, il n'est pas du tout acquis que les universités, en concluant des conventions assorties de droits réels sur leur domaine public, puissent en toute circonstance s'exonérer des règles de la commande publique.

A cet égard, avaient notamment pu, avant la réforme, être requalifiées en marchés publics des AOT dont l'objet était, outre l'occupation du domaine public, de permettre la

³ La loi n°2009-179 précise ainsi : « *IV.- Un tel bail ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante* ». Et l'article 2341-1 du CGPPP mentionne à l'identique au sujet du bail valorisation : « *Un tel bail peut être conclu même s'il porte sur une dépendance du domaine public. Il ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante soumise à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.* ».

⁴ A titre d'exemple, la cour administrative d'appel de Bordeaux a récemment jugé que « *la convention et l'avenant litigieux consistent exclusivement à autoriser l'occupation d'un terrain appartenant au domaine public afin de permettre à l'occupant d'exercer une activité d'entreposage de matériel de travaux publics et d'y stationner des véhicules de transport. Par voie de conséquence, cette convention ne porte pas sur l'exécution, pour les besoins du GPMG, d'une prestation de services rémunérée par une contrepartie économique constituée d'un droit d'exploitation ou par un prix. Il suit de là que la société appelante ne saurait prétendre que cette convention s'analyserait en un marché public ou en une délégation de service public.* » (CAA Bordeaux, 8 avril 2021, **SARL Contrôle Technique poids lourds Antilles Guyanne**, req. n° 19BX03627).

réalisation de prestations de services ou la fourniture de biens au profit de la personne publique (*CE, 4 novembre 2005, req. n°247298*) OU en délégations de service public, des autorisations d'occupation privative qui étaient le support d'une activité de service public délégué (*CE, 20 décembre 2000, req. n°217639*).

Il conviendrait donc d'examiner les conventions éventuellement conclues entre le CROUS et les universités afin de vérifier systématiquement l'absence de réponse à un besoin défini par la personne publique.

(2). Sur la procédure de délivrance de ces titres

Désormais, et rompant avec la jurisprudence *Jean Bouin* du Conseil d'Etat (*CE, 3 décembre 2010, req. n°338527*), l'article L. 2122-1-1 du CGPPP soumet la délivrance des titres d'occupation du domaine public permettant d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, à 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 manifester⁵.

Cette procédure de sélection préalable, qui n'est pas définie par les textes, doit permettre d'assurer une impartialité et une transparence dans le choix de l'occupant.

Aussi bien, une publicité suffisante devra-t-elle être mise en œuvre afin que les candidats potentiels puissent se manifester. Egalement, afin d'assurer une garantie d'impartialité, la personne publique sera amenée à édicter des critères de choix, sans que le formalisme propre aux marchés publics, notamment de pondération, ne soit exigé.

Venons-en à présent au champ d'application de cette sélection préalable qui pourrait à première vue faire obstacle à la délivrance d'un titre de gré à gré au profit du CROUS sur le domaine public de l'université.

a. Trois points doivent être distingués.

Premièrement, concernant son champ organique, la disposition vise « *l'autorité compétente* » pour délivrer le titre. Cette première condition, particulièrement large, permet de s'appliquer tant aux autorités propriétaires du domaine public qu'à celles qui se sont vu confier ou concéder la gestion d'un élément du domaine public.

L'université entre donc dans son champ d'application, tant au regard de son patrimoine propre qu'à celui des biens mis à la disposition par l'Etat.

Deuxièmement, s'agissant de son champ d'application matériel, la disposition vise « *les titres d'occupation* », ce qui doit permettre d'inclure tant ceux à caractère unilatéral comme les AOT que les conventions.

⁵ « 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 ».

Troisièmement, la disposition n'impose une sélection préalable que lorsque le titre emporte « *une exploitation économique* ».

Qu'est-ce à dire ?

Sur ce point, la doctrine avertie a pu estimer que « *cela correspond à toute activité de production, de distribution et de services « sur » le domaine public ou liée à l'utilisation du domaine public lui-même, à l'exclusion des activités de puissance publique ou de sécurité sociale à caractère obligatoire. Il faut sans doute considérer que sont aussi exclues les activités à caractère culturel dès lors qu'elles sont non lucratives* » (C. Mauge et P. Terneyre, AJDA, 2017, p606).

A l'aune de cette définition, l'activité de logement social pourrait-elle être regardée comme une exploitation économique ?

La réponse doit être positive.

D'une part, car cette activité n'est pas le monopole d'un organisme non lucratif, loin s'en faut. D'autre part, car l'activité du logement social, en dépit de son caractère de service public, procure à l'évidence des ressources financières convoitées.

A titre d'exemple, d'autres acteurs économiques peuvent ainsi, au même titre que le CROUS, exploiter du logement social.

Aussi, tant du point de vue organique que matériel, l'occupation du domaine public des universités par le CROUS doit pouvoir être regardée comme relevant par principe du champ de la mise en sélection préalable des candidats potentiels.

Par principe seulement, car il convient d'analyser les nombreuses dérogations à cette procédure de sélection préalable.

b.- Deux grandes séries d'exception sont explicitées à cette disposition.

La **première** série d'exception concerne l'existence de « *dispositions législatives contraires* » qui peuvent soit prévoir expressément des attributions libres, soit prévoir des conditions de délivrances plus rigoureuses. (2122-1-1 CGPPP)

Toutefois, et dans la problématique qui nous retient, aucune disposition législative ne permet de s'exempter de ces règles.

La **seconde** grande série d'exceptions vise les dérogations prévues aux articles L. 2122-1-2 et L. 2122-1-3 du CGPPP.

Les exceptions de l'article L. 2122-1-2 CGPPP tout d'abord, n'ont clairement pas vocation à s'appliquer à la situation d'espèce. En effet, elles se bornent à préciser que la procédure de sélection préalable n'a pas vocation à s'appliquer :

- Lorsque l'attribution du titre s'inscrit dans une opération donnant lieu à des procédures équivalentes ;

- Lorsque le titre d'occupation s'adosse à un contrat de la commande publique ;
- En cas d'urgence ;
- Lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante.

Ces hypothèses ne nous retiendront donc pas.

Pour ce qui est des dérogations de l'article L. 2122-1-3 CGPPP, l'université pourrait être encline à se prévaloir de la dérogation précisant que la procédure de sélection préalable n'est pas requise « *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* ».

Cette disposition « fourre-tout » pourrait ainsi inciter les personnes publiques à s'exonérer d'une procédure de sélection préalable.

Si certains commentateurs autorisés ont pu préciser que doivent relever de cette disposition « *les occupations consenties pour les terrasses de café, les devantures de magasins ou encore les installations techniques* » (G.CLAMOUR, *une nouvelle donne pour l'occupation domaniale* », CMP, mai 2017, p114), il n'en demeure pas moins que le champ des possibles reste ouvert.

Au cas particulier, l'université pourrait être tentée de se prévaloir des spécificités du CROUS pour arguer du fait que les conditions particulières des logements recherchés, à savoir avec des conventionnements et des prix plafonnés, justifient cette dérogation.

Récemment, et sans toutefois mentionner la dérogation usitée, une convention entre le CROUS de Rennes et l'université en 2018 a précisément exclu toute mise en concurrence précisant que :

« *le Crous et l'université ont fait le choix de recourir à une convention d'occupation temporaire conforme aux exceptions réglementaires concernant la mise en concurrence et la publicité* ».

Ce n'est pas un exemple isolé.

Mais, à notre sens, cet argument ne tiendrait pas.

La prestation proposée par le CROUS n'est, en effet, pas résolument différente de celle que peuvent proposer d'autres acteurs du logement social.

IV- Sur les voies de contestation possibles

Le propos sera synthétique.

(1). Concernant les titres d'occupation délivrés sur le domaine public

Dans l'hypothèse où l'université procéderait à la délivrance d'un titre portant occupation de son domaine public sans sélection préalable au profit du CROUS, deux actions seraient envisageables devant le juge administratif selon le type de titre.

a.- Dans l'hypothèse de la délivrance d'une **convention**, un recours de plein contentieux en contestation de la validité de la convention pourrait être introduit.

Ce recours, communément appelé **Tarn et Garonne**, mis en lumière dans le cadre d'une décision du 4 avril 2014 portant le même nom (*CE, 4 avril 2014, req. n°358994*) permet de contester tant le choix de l'occupant que les modalités de passation du contrat.

Il convient de citer le considérant de principe :

« tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles (...) que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ».

Plus spécifiquement aux conventions d'occupation du domaine public, le Conseil d'Etat a ensuite précisé que *« tout tiers à une convention d'occupation du domaine public conclue sur le fondement de ces dispositions, susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses, est recevable à former, devant le juge du contrat, un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; »* (*CE, 2 décembre 2015, Ecole centrale de Lyon, req. n° 386979*).

La voie de recours ouverte par la jurisprudence **Tarn et Garonne**, également applicable aux AOT passés par l'Etat et ses établissements, car s'agissant de contrats administratifs (L. 2331-1 1° et 7° du CG3P), suppose que le tiers, et donc en l'occurrence des candidats potentiels à l'occupation du domaine universitaire, puissent démontrer qu'ils sont susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine.

Ce qui devrait pouvoir être aisément le cas, le candidat potentiel ayant été privé d'être possiblement retenu en cas de poursuite de la procédure de sélection préalable.

Deux inconvénients toutefois à ce recours :

- il doit être introduit dans un délai de deux mois à compter de la délivrance de l'autorisation ce qui suppose d'avoir connaissance de son attribution ;

- il ne permet pas d'agir en amont sur la conclusion du contrat, les procédures de référé précontractuel n'ayant pas été ouvertes à ce type d'autorisation

b. Dans l'hypothèse en revanche de la délivrance **d'une autorisation unilatérale**, seul un recours pour excès de pouvoir pourra être introduit dans un délai de deux mois à compter de sa délivrance (R. 421-1 du code de justice administrative)

(2). Concernant les titres d'occupation délivrés sur le domaine privé

Il convient avant tout de s'interroger sur l'ordre juridictionnel compétent.

Par principe, et en vertu de la décision **Société Brasserie du Théâtre**, le juge judiciaire est compétent lorsque l'acte « *initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, ne met en cause que des rapports de droit privé* » (T. confl., 22 novembre 2010, req. 10-03764).

Egalement, le Conseil d'Etat a précisé que les actes de refus de renouvellement ou de résiliation des contrats s'analysent toujours comme des actes de droit privé (CE, 15 novembre 2012, **Eldin c/Ville de Paris**, req. n°346997). En revanche, la décision par laquelle la personne publique refuse d'initier une relation contractuelle portant sur l'occupation du domaine privé est un acte administratif qui sera contesté devant le juge administratif (T. confl., 5 mars 2012, n° 3833, **Dewailly**).

La compétence du juge judiciaire n'est pas acquise.

Ainsi que l'ont fait remarquer les commentateurs avertis, « *le Tribunal des conflits a considéré que le contentieux relatif à l'occupation du domaine privé relève de la juridiction judiciaire pour autant qu'une personne privée conteste une décision la concernant, car, dans ce cas, des rapports de droit privé se sont constitués entre les parties. En revanche, lorsque c'est, (...) un tiers qui conteste la décision de passer ou de signer un contrat portant sur la gestion courante du domaine privé, seule la juridiction administrative peut connaître de la légalité de cette décision qui constitue un acte détachable du contrat* » (P. SOLER COUTEAUX, 1^{er} mai 2019, *Revue contrat et marchés publics*, comm. 167).

Cette analyse a été confirmée par le Conseil d'Etat dans un arrêt **Association Bien vivre à Garbejaire Valbonne** du 7 mars 2019 (req. n°417629) : « *Si la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance relève de la compétence du juge judiciaire, la juridiction administrative est (...) compétente pour connaître de la demande formée par un tiers tendant à l'annulation de la délibération d'un conseil municipal autorisant la conclusion d'une convention ayant pour objet la mise à disposition d'une dépendance du domaine privé communal et de la décision du maire de la signer* ».

Bien que prononcée à l'endroit des collectivités territoriales, cette décision est néanmoins transposable au domaine privé de l'Etat.

Aussi, le moyen tiré de l'absence de régularité de la procédure de sélection préalable d'un occupant du domaine privé devrait en toute logique ressortir au juge administratif.

S'agissant de la régularité de la procédure préalable à l'attribution d'une autorisation d'occuper le domaine privé, celle-ci nous semble pouvoir être contestée devant le juge administratif, ce dernier ayant récemment précisé être compétent pour « *connaître de la demande formée par un tiers tendant à l'annulation de la délibération d'un conseil municipal autorisant la conclusion d'une convention ayant pour objet la mise à disposition d'une dépendance du domaine privé communal* » (CE, 7 mars 2019, *cit.*).

Toutefois, et afin d'être exhaustif sur ce point, il convient de préciser que l'attribution de ce contentieux au juge administratif ne fait pas l'unanimité en doctrine.

Et certains commentateurs considèrent toujours que seul le juge judiciaire serait ici compétent⁶.

L'action introduite consisterait ici dans une action en nullité du contrat conclu en violation des règles de sélection préalable. En revanche, cette action serait distincte de l'action en invalidité du contrat précédemment exposée, le contrat n'étant pas dans cette hypothèse un contrat administratif.

**

*

⁶ « *La décision d'attribuer un titre à un occupant privatif du domaine privé sans procédure de sélection préalable n'entraînerait aucune illégalité en droit interne en ce que les dispositions de l'article L 2122-1-1 du CGPPP ne s'appliquent qu'aux dépendances du domaine public. En revanche, cette décision entrerait directement en contradiction avec la directive Services de 2006 et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. La contestation ne se ferait pas devant le juge administratif compte tenu de la répartition des compétences juridictionnelles toujours prégnante, et ce, malgré la relativisation de la distinction domaniale face à la mise en concurrence. En tant qu'acte de valorisation du domaine privé, l'attribution d'un tel titre sans sélection relèverait de la compétence du juge judiciaire* » (M.Boul, *Droit administratif* n° 4, Avril 2019).

EN CONCLUSION :

Il ressort de notre analyse que :

1/

Une procédure de gré à gré entre l'université et le CROUS est par principe exclue si l'objet du contrat porte sur un contrat de la commande publique.

Comprendre : si ce contrat a pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis au code de la commande publique.

2/

Faisant en sorte que le contrat ne relève pas des règles de la commande publique et ne traduise ainsi un besoin de sa part, l'université pourrait consentir un titre portant occupation de son domaine.

Toutefois, une distinction doit être faite, selon qu'il s'agit du domaine privé ou du domaine public.

3/

Même si la délivrance d'un titre portant occupation du domaine privé universitaire au profit du CROUS est difficilement envisageable compte tenu de la mission de service public dévolue à cet établissement public, l'hypothèse ne peut être totalement écartée.

Si aucune disposition du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) n'envisage une procédure s'assimilant à une sélection préalable, il reste que, en vertu de la jurisprudence européenne, la délivrance de titres sur le domaine privé doit garantir le respect des principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement des candidats.

En conséquence, il serait possible de contester, en se prévalant d'une transgression de ces principes, la légalité d'une autorisation délivrée au CROUS sur le domaine privé universitaire au moyen d'un simple accord dit de gré à gré.

4/

S'agissant du domaine public universitaire, le droit interne impose désormais une procédure de sélection préalable et de publicité pour la délivrance des titres d'occupation (L. 2122-1-1 du CGPPP).

Toutefois, l'université pourrait, afin de s'affranchir de cette procédure, se prévaloir de la dérogation précisant que la procédure de sélection préalable n'est pas requise :

« 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 ».

Mais ce choix pourrait être également contesté en démontrant que les acteurs économiques concernés, et non seulement ceux issus directement du logement social, officient dans des conditions similaires au CROUS.

5/

Deux options contentieuses se présenteraient : saisir le juge administratif

- **Soit d'une action en contestation de validité du contrat si le titre délivré est une convention ;**
- **Soit d'un recours en annulation s'il s'agit d'une autorisation d'occupation temporaire.**

Restant à la disposition de vos services pour toutes précisions complémentaires

Je vous prie de bien vouloir recevoir, Monsieur, l'assurance de ma considération distinguée.



Bruno BASSET