



HAL
open science

Le free floating

Frédéric Allaire

► **To cite this version:**

Frédéric Allaire. Le free floating. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2021. hal-04916610

HAL Id: hal-04916610

<https://hal.science/hal-04916610v1>

Submitted on 28 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Etude par Frédéric Allaire maître de conférences - université de Nantes

Le free floating, qui désigne prosaïquement la location de vélos et trottinettes à libre disposition sur la voie publique, fait partie de ces opportunités qui, indubitablement, devaient permettre de faire baisser la température en offrant une alternative à la voiture en ville et en réduisant ainsi les émissions massives de dioxyde de carbone. Cependant, la mauvaise presse qui a accompagné l'émergence de cette offre inédite de locomotion et peut-être, du reste, une appétence pour les redevances, auront suffi pour que soit adopté l'article 41 de la loi d'orientation des mobilités^{Note 1} qui semble désormais conditionner le déploiement de ces véhicules à la délivrance préalable d'un titre d'occupation du domaine public. Plaquant le droit de la domanialité publique sur une réalité qui lui échappait, le législateur n'aurait pu trouver meilleur moyen d'entraver son développement, quitte à altérer la cohérence du droit de la propriété des personnes publiques et restreindre davantage encore les libertés sur le domaine public.

1. - Le free floating s'est développé en France et dans le monde, courant 2017, avec le déploiement essentiellement de vélos dans un premier temps, puis de trottinettes électriques que les usagers du domaine public peuvent emprunter le temps d'un trajet sans avoir à les déposer à un endroit déterminé. Ce service se présente comme une alternative, parfois concurrente^{Note 2}, à la location de vélos dans des stations dédiées comme le proposent les collectivités publiques depuis la fin des années 2000 sur le fondement de l'article L. 1231-16 du Code des transports selon lequel, « en cas d'inexistence, d'insuffisance ou d'inadaptation de l'offre privée, les autorités mentionnées à l'article L. 1231-1 peuvent organiser un service public de location de bicyclettes ». L'innovation que constitue le free floating, qui a rencontré un succès fulgurant, n'a pas manqué de soulever diverses interrogations quant au cadre juridique dans lequel il pouvait s'épanouir, s'agissant notamment des conditions dans lesquelles ces flottes déferlaient sur la voirie publique. Néanmoins, considérant que « ces services intéressent les collectivités territoriales, dès lors qu'ils augmentent fortement l'offre de mobilité sans surcoût significatif pour la puissance publique »^{Note 3}, le projet de loi d'orientation des mobilités déposé au Sénat le 27 novembre 2018 présentait un article 18 qui ne visait à autoriser les autorités organisatrices de la mobilité qu'à définir des prescriptions à respecter par les opérateurs de free floating. Cet article était le produit d'un arbitrage entre cinq options déclinées dans l'étude d'impact allant de la plus contrôlée en imposant une autorisation préalable avec perception de redevance, à la plus libérale en offrant la « possibilité aux autorités organisatrices de la mobilité de définir des prescriptions (type cahier des charges) que les services de mobilité auront l'obligation de respecter »^{Note 4} suivant un régime de contrôle a posteriori.

Le dispositif retenu initialement fut le plus allégé parmi ceux envisagés, dans la perspective de « laisser le marché ouvert avec un encouragement à l'innovation et au développement de nouveaux services », de sorte que « les autorités organisatrices devront décider si elles assujettissent ou non ces nouveaux services de mobilité à des prescriptions particulières qu'elles auront définies, sachant qu'aucun numerus clausus ne pourra être appliqué »^{Note 5}.

Cette option fit long feu pour aboutir d'abord à l'introduction d'une possibilité pour les collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale de soumettre les opérateurs de free floating à un régime d'autorisation préalable, puis à celle d'imposer la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public. Cette réponse, qui faisait écho notamment aux demandes de l'Association des Maires de France, s'est imposée comme un postulat dans les travaux de la Direction générale des transports, des infrastructures et de la mer (DGTIM) du ministère des Transports, sur le fondement d'une analyse de ses services juridiques, restée confidentielle, alors même que la doctrine juridique semblait unanimement partager ses doutes quant à la soumission du free floating à l'article L.2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques^{Note 6}.

Dès lors, adoptant l'article 41 de la loi d'orientation des mobilités, le législateur a introduit un article L. 1231-17 au Code des transports qui soumet « les opérateurs de services de partage de véhicules, cycles et engins permettant le déplacement de personnes ou le transport de marchandises, mis à disposition des utilisateurs sur la voie publique et accessibles en libre-service, sans station d'attache », à l'obligation d'obtention préalable d'une autorisation d'occupation du domaine public et au versement d'une redevance suivant le régime défini au titre II du livre 1er de la deuxième partie du code général de la propriété des personnes publiques. Bien que limité dans son champ d'application, ce dispositif emporte une rupture franche dont les perspectives pourraient être majeures dès lors qu'il revient à admettre le principe de titres

d'occupation commerciale du domaine public (1) dont les conditions d'attribution inscrivent la gestion dans un contrôle a priori des activités économiques sur le domaine public (2).

1. La commercialité de l'utilisation du domaine public

2. - La réécriture intégrale, au cours de la première lecture à l'Assemblée nationale, de l'article 18 du projet de loi pour substituer un régime déclaratif à un régime d'autorisation, fut motivée en des termes qui trahissent l'ambiguïté de ce dispositif dès lors que l'inscription dans le Code des transports d'une soumission au régime général des autorisations d'occupation du domaine public prévu au code général de la propriété des personnes publiques était présentée comme nécessaire, bien qu'évidente : « Nous nous étions en effet demandé si l'on pouvait parler à propos des engins de déplacement personnel motorisé, d'occupation du domaine public : nous sommes juridiquement dans ce cas, et cette occupation est même, de manière flagrante, envahissante » Note 7 . Il s'agirait ainsi « d'acter » Note 8 la soumission du free floating non seulement à l'article L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques mais encore à l'article L. 113-2 du Code de la voirie routière imposant une obligation de permis de stationnement pour toute occupation du domaine public routier. Outre la circularité du raisonnement, celui-ci emporte un biais qui revient à admettre le principe de titres d'occupation commerciale du domaine public (A) dont la dimension économique suffit désormais à elle seule à caractériser l'anormalité des usages sur le domaine public (B).

A. - Fondement inédit

3. - L'incongruité des motifs invoqués au soutien de l'adoption du régime de contrôle de l'exploitation du free floating ne se limite pas à sa motivation. Elle rejaillit, en outre, sur le texte même, dès lors que le nouvel article L. 1231-17 du Code des transports évoque la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public en renvoyant aux règles générales d'occupation précisées aux articles L. 2122-1 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques. Aussi peut-on déduire que la délivrance préalable d'un titre aux opérateurs de free floating ne présente pas le caractère obligatoire évoqué dans la communication accompagnant l'adoption de la loi d'orientation des mobilités puisque sa délivrance reste conditionnée, comme antérieurement, à l'application de l'article L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques suivant lequel la délivrance d'un titre ne s'impose que lorsqu'une occupation d'une dépendance du domaine public ou son utilisation dépasse le droit d'usage qui appartient à tous.

Par conséquent, la question d'une obligation générale visant l'ensemble des opérateurs de service de partage de vélos et d'engins de déplacement personnel reste entière dès lors que le législateur a fait le choix de renvoyer au régime général à défaut d'adopter un régime spécial. Néanmoins, s'il fallait dépasser l'ambiguïté du discours politique et sa traduction juridique pour sonder les intentions présumées du législateur dans le sens d'une interprétation de l'article L. 1231-17 du Code des transports imposant en tout lieu et en toutes circonstances de soumettre à autorisation d'occupation du domaine public le déploiement de tout véhicule en libre-partage sur la voirie, il faudrait probablement retenir que ce nouvel article vient consacrer un régime d'autorisation d'utilisation du domaine public hors-sol dont le fondement réside dans la commercialité d'usages par ailleurs conformes à l'affectation du domaine public. La privatisation du domaine public ne se déduirait donc plus de l'usage qui est fait du domaine public mais du régime social dans le cadre duquel cet usage s'inscrit dans l'espace public Note 9 .

Cette conclusion procède de l'absence de manifestation matérielle d'une occupation ou utilisation anormale du domaine public qui a nécessité, quoi qu'on en dise, le recours à la loi. Pour cause, rien ne différencie l'usage d'un vélo mis à disposition en free floating de sa pratique par un particulier s'agissant de la normalité de l'utilisation de l'espace public. Ainsi, sans avoir même à chercher si une différence d'usage serait suffisamment significative pour justifier un régime distinct, on peine même à voir en quoi faire du vélo et le stationner sur la voirie présente le moindre signe distinctif selon qu'il appartient à un particulier, qu'il est en libre-partage ou encore qu'il est loué depuis un pas-de-porte.

Cette matérialité insaisissable est non seulement significative de l'intention du législateur mais encore source de nouvelles interrogations qui risquent de révéler encore plus crûment les limites d'une conception dématérialisée des usages du domaine public. Le régime de délivrance préalable des titres d'occupation du domaine public ne visant, suivant la définition de l'article L. 1231-17 du Code des transports, que les « opérateurs de service de partage », l'identification des vélos et engins de déplacement personnel en free floating risque rapidement de soulever des problèmes d'application dès lors, par exemple, que certains usagers pourraient devenir propriétaires de véhicules vendus par des opérateurs de free floating. Comment seront alors discriminés des cycles et engins de déplacement

personnel dont l'utilisation et les caractéristiques seront en tous points identiques ? Comment seront en outre traités les vélos et engins de déplacement personnel motorisé propriété de particuliers mis en commun sur le domaine public et dont des opérateurs assureraient seulement la mise en réseau ? Dans ces deux premières hypothèses, il ne serait pas incongru d'assimiler ces services à de l'autopartage qui, suivant l'article L. 1231-14 du Code des transports, consiste dans « la mise en commun d'un véhicule ou d'une flotte de véhicules de transport terrestre à moteur au profit d'utilisateurs abonnés ou habilités par l'organisme ou la personne gestionnaire des véhicules. Chaque abonné ou utilisateur habilité peut accéder à un véhicule sans conducteur pour le trajet de son choix et pour une durée limitée ». Or, l'autopartage est libre et ne nécessite aucune autorisation préalable suivant en cela un régime juridique plus orthodoxe selon lequel l'utilisation de ces véhicules est conforme à la liberté d'aller et venir.

Par ailleurs, comment seront distingués les vélos en free floating de ceux loués par un opérateur disposant d'un pas-de-porte dans la mesure où l'article 41 de la loi d'orientation des mobilités ne vise que les véhicules « mis à disposition sur la voie publique » ? Qu'advierait-il si un constructeur de véhicules ou un vendeur d'articles de sport venait à louer en free floating des vélos qu'il commercialise par ailleurs ? Naturellement, le législateur pourrait alourdir le dispositif en imposant aux opérateurs de free floating d'apposer un signe distinctif. Cependant, ces quelques exemples témoignent d'une telle gémellité qu'on peut émettre l'hypothèse qu'il sera difficile de justifier d'une différence de fait suffisamment significative pour fonder un traitement juridique différencié.

Enfin, si l'on peut déduire des propos de la Ministre venant au soutien du projet de loi d'orientation des mobilités que l'occupation est une évidence en raison du nombre de vélos ou de trottinettes jugé « envahissants », on ne manquera pas d'en arriver à la même conclusion. Ainsi, le stationnement sur les trottoirs d'une ville d'un millier de bicyclettes de particuliers constituerait un usage normal lorsque le même nombre de vélos mis à disposition par des opérateurs économiques constituerait un usage anormal. Cet exemple pourrait être considéré comme caricatural dès lors que le nouvel article L. 1231-17 du Code des transports ne fixe aucun volume de véhicules à partir duquel l'occupation serait considérée comme envahissante au point de justifier le qualificatif d'utilisation dépassant le droit d'usage appartenant à tous. Seul le pluriel de la disposition permettrait de considérer que la mise à disposition, ne serait-ce que de deux vélos en free floating, serait constitutive d'une occupation privative du domaine public.

Si l'ambition du législateur était de tordre par sa seule volonté la réalité pour la faire coïncider avec le droit, il l'a aussi transgressée dans un sens qui laisse envisager un risque de déformation de son armature.

B. - Un régime d'exception

4. - En glissant de la matérialité des usages vers le statut social des usagers pour soumettre le free floating au contrôle qu'exerce le gestionnaire du domaine sur la conformité des usages à son affectation, il apparaît que l'élément discriminant réside ici, désormais, dans la commercialité de l'usage du domaine public. Ce faisant, le législateur conteste l'acception jurisprudentielle de la portée des libertés sur le domaine public en conditionnant son utilisation dans des hypothèses d'usage conforme à son utilité publique. Il tord ainsi le raisonnement qui a sous-tendu la jurisprudence sur les utilisations privatives du domaine public, notamment celle dite « taxe-trottoir » Note 10 à l'occasion de laquelle le rapporteur public rappelait que « la distinction faite par le code entre l'occupation et l'utilisation du domaine public n'a pas pour objet de distinguer l'occupation matérielle du domaine de son utilisation commerciale » Note 11 . Faut-il donc s'attendre à la remise en cause de cette jurisprudence ou plus généralement à voir soumis à autorisation d'occupation du domaine public les opérateurs dont l'utilisation du domaine public est certes conforme mais, néanmoins, inspirée par des ambitions commerciales tels que par exemple les livreurs à vélos ou deux-roues motorisés qui attendent, souvent regroupés dans l'attente d'une course à effectuer, les marchands ambulants, toute plaque professionnelle en saillie d'une devanture Note 12 ou encore les distributeurs de journaux ?

Outre la transgression législative du droit de la propriété des personnes publiques, le régime du free floating peut aussi interroger quant à sa compatibilité avec la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur Note 13 dite directive « Service ». L'arrêt de la CJUE, Promoimpresa Srl et Mario Melis du 14 juillet 2016 Note 14 , a révélé la portée de cette directive et des principes fondamentaux de l'Union en imposant, dans le champ de l'attribution des titres d'occupation du domaine public, un régime de sélection préalable objectif, non-discriminatoire et transparent dans l'hypothèse où un nombre d'autorisations délivrables est limité. En premier lieu, si l'on considère que la directive Service s'applique au free floating Note 15 , la loi

d'orientation des mobilités pose la question de la conventionnalité d'un dispositif imposant une autorisation préalable dans la mesure où la directive prohibe que les États membres imposent des autorisations injustifiées. Suivant l'article 9 de la directive Service, « les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies :

- a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé ;
- b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ;
- c) l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle ».

Comme il l'a été développé précédemment s'agissant de la première condition, on pourra s'interroger sur le fait que le partage de véhicules mis à disposition par un même opérateur soit objectivement distinct du traitement des opérateurs d'autopartage, des loueurs avec un pas-de-porte ou des usagers particuliers de vélos et d'engins de déplacement personnel.

S'agissant des deuxième et troisième conditions, le régime de l'autorisation préalable comme seul régime approprié pour appréhender les externalités du free floating soulève plusieurs réserves. En premier lieu, l'obligation d'un titre étant dissociée d'une occupation ou d'une utilisation du domaine public non conforme, elle n'est pas justifiée par un usage privatif qui heurterait l'utilité publique de l'affectation de la voirie. Dès lors, les raisons qui président à l'obligation de délivrance d'un titre d'occupation temporaire du domaine public faisant défaut, il conviendra d'apporter des justifications particulières qui devront être impérieuses et indispensables. Or, il apparaît que la raison qui semble à l'origine de l'amendement du projet de la loi d'orientation des mobilités, initial, réside dans les risques pour l'ordre public procédant de la circulation des engins de déplacement personnel motorisé et de leur stationnement^{Note 16}. Dès lors, on peut se demander si ces motifs suffiraient à satisfaire aux conditions de l'article 9 de la directive Service dans la mesure où les contingences procédant de l'usage de la voirie par les mobilités douces peuvent relever de questions de police et non du droit de la domanialité publique, à telle enseigne que l'adoption de la loi d'orientation des mobilités s'est doublée de la publication du décret du 23 octobre 2019 relatif à la réglementation des engins de déplacement personnel modifiant le Code de la route^{Note 17} pour préciser les conditions de circulation des engins de déplacement personnel motorisé. Au demeurant, on peut douter que la détention d'un titre d'occupation soit constitutive d'une garantie que les usagers de ses véhicules satisfassent aux obligations de circulation et de stationnement sur le domaine public. Enfin, il convient de souligner que le caractère indispensable de délivrance d'un titre préalable ne l'était peut-être pas dès lors que l'hypothèse initiale, rappelée dans l'étude d'impact, reposait sur un contrôle a posteriori. Ainsi, plaqué sur une réalité flottante, le régime des autorisations d'occupation du domaine public du free floating impliquant de distinguer les utilisations simplement privatives des utilisations commerciales, emporte une série d'interrogations procédant du phénomène qu'il inspire, d'intrication du droit de la propriété des personnes publiques au droit public de l'économie.

2. La régulation économique par le droit de la domanialité publique

5. - La commercialité de l'utilisation conforme du domaine public devenant l'élément exclusif d'un contrôle a priori, la loi d'orientation des mobilités majore le processus de décentration du droit de la propriété des personnes publiques d'un droit de la conservation du domaine public vers un droit de la régulation économique sur le domaine public. Dans ce cadre, le droit de la domanialité publique devant trouver à s'appliquer indifféremment de toute atteinte à son intégrité ou son affectation, le régime des autorisations d'occupation du domaine public entre purement dans le champ de la régulation économique pour interroger sa conformité au droit public de l'économie. Dès lors, l'article 41 de la loi pose deux séries de questions tenant d'une part, au droit de refuser toute délivrance d'un titre (A) et d'autre part, à la sélectivité d'éventuelles délivrances (B).

A. - Le refus de toute délivrance d'un titre

6. - Avant l'adoption de la loi d'orientation des mobilités, plusieurs communes et regroupements de communes avaient invoqué l'obligation de délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public pour justifier dans un même mouvement de ne pas en délivrer, privant ainsi les opérateurs de toute possibilité de déployer leur flotte. Cette menace avait d'ailleurs bien été identifiée dans le projet de loi comme un frein au développement du free floating de sorte que les options proposant un régime d'autorisation préalable avaient, d'emblée, été écartées. Avec le régime d'autorisation préalable imposé par renvoi à celui des autorisations d'occupation du domaine public, la question reste entière dès lors que

l'objet de la délivrance d'un titre d'autorisation d'occupation du domaine public étant d'assurer l'affectation et la conservation du domaine, la délivrance d'un titre n'est jamais un droit^{Note 18} . Ainsi, suivant cette jurisprudence, l'Administration dispose, en dépit du principe de liberté du commerce et de l'industrie, d'un pouvoir discrétionnaire pour délivrer des autorisations d'occupation du domaine public, le juge administratif considérant subtilement que ces titres, s'ils peuvent avoir des effets sur la liberté du commerce et de l'industrie, ne l'ont pas pour autant comme objet.

Dès lors, une application de cette jurisprudence au refus de délivrer toute autorisation d'occupation du domaine public à des opérateurs de free floating serait ici rédhibitoire. Cependant, rompant avec la condition de la conformité de l'occupation ou de l'utilisation du domaine public, la loi d'orientation des mobilités pourrait introduire de la confusion dans le syllogisme du Conseil d'État puisque la décision de délivrer ou non une autorisation est désormais indifférente à la condition suivant laquelle cette occupation serait compatible avec l'affectation et la conservation du domaine. Dès lors, on pourra se demander si la loi d'orientation des mobilités ne fait pas ici entrer le régime des autorisations d'utilisation du domaine public dans le champ de la réserve formulée par le Conseil d'État suivant laquelle doivent néanmoins être sanctionnées les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie lorsque les personnes publiques apportent aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi. De la sorte, le refus « pur et simple » ^{Note 19} de délivrance d'un titre pourrait être ici appréhendé comme une « restriction » susceptible d'être appréciée à l'aune du principe de liberté du commerce et de l'industrie et probablement sanctionné faute de relever d'une motivation justifiant une interdiction d'exploitation sur le domaine public.

À défaut de pouvoir soumettre les autorisations d'occupation du domaine public au principe de liberté du commerce et de l'industrie, le Conseil d'État souligne néanmoins qu'elles sont soumises au droit de la concurrence, de sorte que « la personne publique ne peut toutefois délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce » ^{Note 20} . Cependant, cette précision ne serait guère opérante dans le cas d'un refus de toute délivrance puisqu'il n'emporterait aucune discrimination entre opérateurs, que le refus soit opposé à une seule demande, ou à toutes les demandes. L'intérêt de la sujétion de la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public au principe de la liberté du commerce et de l'industrie est donc ici déterminant pour tirer les conséquences du détournement du droit de la domanialité publique de son objet.

En outre, le renvoi par la jurisprudence à l'orthodoxie du droit de la concurrence n'aurait été en soi que de peu d'utilité dès lors qu'elle n'implique pas la soumission de la délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public à des obligations de mise en concurrence. Depuis l'arrêt de la CJUE *Promoimpresa Srl et Mario Melis* du 14 juillet 2016^{Note 21} , la délivrance d'un titre d'autorisation d'occupation du domaine public est désormais soumise à des obligations de transparence et de sélectivité pour arbitrer des prétentions économiques lorsqu'elles se manifestent de manière concurrente. Ici encore, libérée des préoccupations relatives à la conservation du domaine, la sélectivité emporte un régime de restriction d'accès au domaine public dont on peut interroger la légalité.

B. - La sélectivité de la délivrance d'un titre

7. - La question du refus de délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public pourra ainsi être aussi posée dans un cadre concurrentiel lorsque plusieurs opérateurs sollicitent un titre pour déployer leur flotte. Dans cette perspective, l'arrêt *Promoimpresa Srl et Mario Melis* du 14 juillet 2016^{Note 22} et ses prolongements juridiques français ouvrent désormais plus clairement les conditions d'arbitrage des différentes demandes. Ainsi, suivant l'article L. 1231-17, I du Code des transports créé par la loi d'orientation des mobilités, « l'autorité compétente pour délivrer le titre 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 de manière non discriminatoire les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution, lorsqu'au moins une des conditions prévues au second alinéa de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques est remplie ». Bien qu'ayant précisé que la délivrance des autorisations est « établie dans les conditions définies au titre II du livre 1er de la deuxième partie du code général de la propriété des personnes publiques », le législateur a jugé bon d'extraire une de ses dispositions pour la réintroduire dans l'article L. 1231-17 du Code des transports. Procédant ainsi, il rappelle que lorsque les autorisations sont de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles

est limité, leur délivrance ne peut consister en une simple mesure de publicité pour permettre les manifestations d'intérêts. Le cas échéant, il faut déduire 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 », conformément à l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. L'applicabilité de cette disposition soulève, dans le cas du free floating, une question particulière en ce que la demande de délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public pourrait être refusée à raison des résultats d'une sélection préalable justifiée par un nombre limité d'autorisations disponibles. Dès lors se pose la question de savoir sur quels critères s'apprécie la disponibilité et notamment si cette disponibilité procède de considérations de fait ou d'un choix propre de l'autorité compétente. Si l'ordonnance du 19 avril 2017 Note 23 , qui a introduit l'obligation de publicité et de sélection préalable dans la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public dont le nombre est limité, ne précise pas les hypothèses qui permettent de déduire les causes d'une disponibilité contrainte, l'article 12 de la directive « Service » sur le fondement duquel la CJUE a fondé les conclusions de l'arrêt Promoimpresa ne prévoit de régime de sélectivité 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 ». Dans cette perspective, il n'est pas certain que la limitation du nombre d'autorisations d'occupation du domaine public routier disponibles pour le déploiement d'une flotte de vélos ou d'engins de déplacement personnel motorisé trouve une justification sérieuse dans une de ces deux hypothèses Note 24 . On verra ainsi dans les divers appels à manifestation d'intérêt lancés par plusieurs métropoles depuis l'entrée en vigueur de ce dispositif, un parti pris de limiter volontairement et donc peut-être artificiellement le nombre d'autorisations d'occupation du domaine public. Outre sa conformité à la directive Service, la sélectivité volontaire pourrait susciter un certain scepticisme dans la mesure où elle postule que le domaine public viaire pourrait atteindre certaines limites d'utilisation qui nécessitent une régulation volontaire à raison de l'usage qui en est fait par certains véhicules. Si l'on considère, comme le rappelait l'étude d'impact du projet de loi d'orientation des mobilités, que « la part du vélo se situe entre 3 et 4 % en France quand elle frôle le 25 % aux Pays-Bas » Note 25 , on ne peut que s'interroger sur le sens d'une réduction a priori du nombre d'autorisations délivrables afin de contenir, on le suppose, le nombre de véhicules disponibles sur le domaine public. Au demeurant, une limitation du nombre de ces véhicules pourrait tout aussi bien être maîtrisée par une simple condition d'exploitation.

Néanmoins, les conditions de restrictions du nombre d'autorisations pourront aussi être lues à l'aune de la jurisprudence sur la détermination du nombre d'autorisations de stationnement délivrées aux exploitants de taxis, définie par le maire de la commune ou le préfet sur le fondement de l'article L. 2213-33 du Code général des collectivités territoriales. Dans cette perspective, la liberté de restreindre artificiellement le nombre de titres et le volume de véhicules mis à disposition sur la voie publique pourrait se trouver précisément encadrée par la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur la fixation de ce nombre « en tenant compte des besoins de la population, des conditions générales de la circulation publique et des équilibres économiques de la profession des exploitants » Note 26 . La transposition de cette jurisprudence serait bienvenue pour que le nombre d'autorisations disponibles ou le volume de la flotte pouvant être déployée ne soit pas restreint de manière aléatoire et inconsidérée.

Enfin, les conditions de sélection ne manqueront pas non plus de soulever certaines interrogations. Logiquement, les premiers appels à manifestation d'intérêt ont eu à connaître des diverses questions que suggère le nouveau régime général de sélection préalable dans la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public. Dans la filière du free floating, on notera quelques questions générales susceptibles de susciter un intérêt particulier. Ainsi en est-il d'une sélection préalable qui serait fondée sur le montant des redevances que l'opérateur s'engage à acquitter pour obtenir l'attribution d'une autorisation d'occupation du domaine public. Eu égard aux montants des capitalisations et levées de fonds et au nombre important de faillites d'opérateurs d'un secteur en voie de consolidation, un tel critère ne serait pas sans poser des problèmes d'offres anormalement hautes dont la sanction comme la notion font aujourd'hui défaut dans le droit des opérations publiques Note 27 . De même, le modèle économique reposant sur une grande part de sous-traitance à des micro-entreprises, notamment pour la recharge des engins de déplacement personnel motorisé, la médiatisation a révélé d'une lumière crue la précarité de certains sous-traitants dont le développement de ce modèle était la cause. De plus, les questions de nuisance sonore, de pollution des véhicules abandonnés ou encore de recyclages des batteries sont apparues nettement comme des enjeux environnementaux propres à cette filière. Dès lors, il n'est guère

surprenant que des critères sociaux et environnementaux soient retenus comme fondement dans l'attribution des autorisations d'occupation du domaine public. Il restera ici encore à définir la portée de tels critères et notamment savoir si leur usage sera limité dans des proportions analogues à celles qui prévalent en droit de la commande publiqueNote 28 , considérant par ailleurs que l'article 12, 3° de la directive Service autorise les États membres à « tenir compte, lors de l'établissement des règles pour la procédure de sélection, de considérations liées [...] à des objectifs de politique sociale, [...] à la protection de l'environnement[...] conformément au droit communautaire ».

En définitive, le free floating aura été le véhicule de la sortie de route redoutée, favorisée par les « tentations centrifuges »Note 29 qui parcourent depuis plus d'une vingtaine d'années le droit de la propriété des personnes publiques. L'optimisation de la valorisation économique dans le cadre de la conservation du domaine portait ce risque aujourd'hui avéré d'oublier la vocation première du droit de la domanialité publique pour en faire un outil exclusivement destiné à la régulation économique et à la captation d'opportunités financières sur le domaine public. Dès lors, reste à savoir comment le droit public économique accueillera l'usage de ce droit détourné de sa vocation initiale.■

Mots clés : Domaine / Patrimoine. - Free floating.

Mots clés : Domaine / Patrimoine. - Redevance.

Note 1 L. n° 2019-1428, 24 déc. 2019 d'orientation des mobilités : JO 26 déc. 2019.

Note 2 « Nous ne sommes pas favorables à ce système qui encombre l'espace public... C'est aussi une concurrence déloyale pour notre service de location? organisé et de qualité (Bicloo) », justifie Thomas Quéro, adjoint au maire de Nantes : www.20minutes.fr/nantes/2355619-20181017-nantes-nouveaux-velos-louer-rapidement-retores. Pour une approche critique de cette assertion, C. Roux, L'occupation privative du domaine public en roue libre (à propos du free floating) : Dr. adm. 2019, alerte 63.

Note 3 Étude d'impact, projet de loi d'orientation des mobilités, NOR : TRET1821032L/BLEUE-2, 27 nov. 2018, art. 18.

Note 4 Étude d'impact, projet de loi d'orientation des mobilités, art. 18, op. cit., p. 182.

Note 5 Étude d'impact, projet de loi d'orientation des mobilités, art. 18, op. cit., p. 182.

Note 6 Ph. Yolka, Libre propos sur le free floating : AJDA 2019, p. 742. – C. Roux, L'occupation privative du domaine public en roue libre (à propos du free floating), op. cit. – O. Renaudie, Trotinettes électriques en libre-service : une délibération et des questions : JCP A 2019, act. 245.

Note 7 CR intégral, 3e séance, 6 juin 2019, intervention de Elisabeth Borne sur l'art. 18.

Note 10 CE, 31 mars 2014, n° 362140, Cne Avignon ; Lebon, p. 652 ; JCP A 2014, act. 310 ; JCP A 2014, 2036, note Lohéac-Derboulle ; JCP E 2014, act. 294 ; Dr. adm. 2014, comm. 37, note Giacuzzo ; RJEP 2014, comm. 36, concl. Escaut ; Dr. adm. 2014, comm. 37, note Giacuzzo ; AJDA 2014, p. 2134, note Foulquier.

Note 11 Concl., CE, 31 mars 2014, n° 362140, Cne Avignon : BJCL 2014, p. 335.

Note 12 CAA Marseille, 19 mai 2016, n° 14MA03832, M. A. D.

Note 13 PE et Comm. UE, dir. 2006/123/CE, 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur (OJ L 376, 27.12.2006, p. 36 – 68).

Note 14 CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, Promoimpresa Srl et Mario Melis : CP-ACCP, n° 169/2016, p. 70, note P. Proot. – E. Fatôme, Les modalités de délivrance des autorisations d'occupation du domaine public. Une clarification bienvenue : La lettre de la DJA, n° 224, 26 janv. 2017 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 291 ; Contrats-Marchés publ. 2016, repère 11, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; AJDA 2016, p. 2176, note R. Noguellou ; AJCT 2017, p. 109, obs. O. Didriche.

Note 15 La directive Service ne s'appliquant pas aux services des transports (Article 2 d)), il conviendra de lever cette interrogation. Si les arrêts de la CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/17 et du 10 avr. 2018, aff. C-434/15, relative aux VTC ont intégré ce dispositif dans le domaine des transports alors même que ce système partage avec le free floating un service analogue de mise en relation dématérialisé, une différence majeure pourrait exclure le free floating du domaine des transports dans la mesure, où contrairement aux VTC, la prestation ne consiste pas à offrir un service de transport mais la mise à disposition d'un matériel de transport.

Note 16 CR intégral, 3e séance, 6 juin 2019, intervention de Elisabeth Borne sur l'art. 18.

Note 17 D. n° 2019-1082, 23 oct. 2019 relatif à la réglementation des engins de déplacement personnel. – T. Garandau, Tourisme & territoire – Mobilités douces – Réglementation des engins de déplacement personnel motorisés : JT 2020, n° 229, p. 36. – D. Charbonnel, Trotinettes : « Pas sur le trottoir ! » Sauf si le maire y consent... : JCP A 2019, act. 688.

Note 18 CE, 23 mai 2012, n° 348909, RATP : Lebon, p. 231 ; JCP A 2012, act. 364 ; JCP A 2013, 2012, note H. Pauliat ; Dr. adm. 2012, comm. 89, note F. Brene ; RJEP 2012, comm. 49, note M. Ubaud-Bergeron ; Contrats-Marchés publ. 2012, repère 8, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 258, obs. S. Ziani ; AJDA 2012, p. 1129, tribune S. Braconnier ; RLC 2012, note G. Clamour ; AJDA 2012, p. 1037, obs. R. Grand ; AJDA 2012, p. 1129, S. Braconnier ; AJDA 2012, p. 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; AJCT 2012, p. 445, note Juilles ; RDI 2012, p. 566, note N. Foulquier ; RFDA 2012, p. 1181, note S. Nicinski ; BJCP 2012, p. 291, concl. Boulouis et obs. R. S. ; ACCP sept. 2012, p. 87, note Cattier. – CAA Paris, 10 juill. 2018, n° 17PA03031, cons. 4. – CAA Paris, 15 déc. 2016, n° 15PA00917. – CAA Paris, 13 oct. 2016, n° 15PA01600.

Note 19 CE, 29 oct. 2012, n° 341173, Cne de Tours : JCP A 2012, 2390, note S. Carpi-Petit ; JCP A 2012, 2391, note C. Vocanson ; Dr. adm. 2012, comm. 96, note S. Ziani ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 342, P. Devillers ; JCP G 2013, 115, note J.-F. Poli ; AJDA 2013, p. 111, note N. Foulquier ; AJCT 2013, p. 153, obs. F. Blanc ; BJCL 2013, p. 54, concl. N. Escout et obs. B. Poujade ;

Note 20 CE, 23 mai 2012, n° 348909, RATP, op. cit.

Note 21 CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, Promoimpresa Srl et Mario Melis, op. cit.

Note 22 CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, Promoimpresa Srl et Mario Melis, op. cit.

Note 23 Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques : JO 20 avr. 2017. – Ph. Hansen, La réforme du Code général de la propriété des personnes publiques : JCP A 2017, 2122. – C. Roux, La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public, Commentaire de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques : Dr. adm. 2017, étude 10. – E. Fatôme, Les modalités de délivrance des autorisations d'occupation du domaine public. Une clarification bienvenue : La lettre de la DJA, n° 224, 26 janv. 2017. – R. Léonetti et M. Raulet : JCP N 2017, 1169. – G. Clamour, Une nouvelle donne pour l'occupation domaniale : Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 114. – J.-G. Sorbara, La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 : RFDA 2017, p. 705. – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Les occupations privatives du domaine public rattrapées par la concurrence : Contrats-Marchés publ. 2016, repère 11.

Note 24 CAA Lyon, 22 oct. 2020, n° 18LY04739, E.C : JCP A 2021, 2015. – CAA Bordeaux, 15 nov. 2017, n° 15BX03680, M. B. D : JCP A 2017, 2325.

Note 25 Étude d'impact, projet de loi d'orientation des mobilités, art. 18, op. cit., p. 206.

Note 26 CE, 27 juin 2007, n° 292855, Synd. défense conducteurs taxi parisien : JCP A 2007, act. 659 ; Dr. adm. 2007, comm. 129, obs. M. Bazex et S. Blazy ; BJCL 2007, p. 656, concl. M. Guyomar.

Note 27 F. Allaire, Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de la mise en concurrence : Contrats-Marchés publ. 2018, p. 7.

Note 28 CE, 24 janv. 2020, n° 427058 : JCP A 2020, act. 58 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 128, note P. Soler-Couteaux ; AJDA 2020, p. 848, obs. S. Hul. – E. Muller, Commande publique et action publique : Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2018.

Note 29 G. Bachelier et C. Maugüé, Le Code général de la propriété des personnes publiques en 2013 : un long fleuve tranquille ? : RJEP 2013, étude 5.

Note 8 Charte Free Floating, février 2021, p. 8 <https://www.francemobilites.fr/actualites/publication-la-charte-free-floating-article-41-la-lom>.

Note 9 Les auteurs de la charte du free floating ne le résume d'ailleurs pas autrement lorsqu'ils affirment que « la rédaction des dispositions relatives à l'organisation des mobilités partagées dans la LOM s'appuie sur un concept préexistant d'occupation du domaine public. Ce principe permet la régulation par les autorités de toutes les activités commerciales [...] installées sur les voies et espaces publics », Charte Free Floating, préc. p. 9.