

DOMAINE PUBLIC

Une occupation à durée indéterminée?

L'ESSENTIEL

■ **Un arrêt remarquable**

Dans une décision remarquable du 5 février 2009, le Conseil d'Etat a jugé qu'une convention d'occupation du domaine public pouvait ne pas comporter de clause précisant sa durée, sans qu'elle soit nécessairement entachée de nullité.

■ **Portée**

La portée de cette décision doit bien être mesurée: elle soulève de nombreuses questions pratiques qui concernent l'ensemble des conventions d'occupation et qui affectent à de nombreux égards leur régime, notamment sur le plan de la responsabilité.

UNE ANALYSE DE
Alexandre VANDEPOORTER et Karine MARCIANO,
avocats à la cour, SCP Seban et associés

Le fondement de la décision du 5 février 2009 (1), apparaît clairement: une convention d'occupation privative du domaine public qui ne précise pas sa durée n'est pas nécessairement nulle, parce qu'elle est par définition précaire, et donc implicitement, mais nécessairement, limitée dans le temps (voir chapitre I).

En revanche, la portée de cette décision suscite la réflexion et soulève plusieurs questions pratiques: est-ce que cette décision s'applique également aux conventions domaniales qui confèrent des droits réels à son titulaire? (voir chapitre II); aux conventions d'occupation du domaine privé? (voir chapitre III); aux conventions domaniales qui devraient faire l'objet d'une mise en concurrence? (voir chapitre IV). Est-ce que la résiliation d'une convention do-

A NOTER
En application du principe d'inaliénabilité du domaine public l'occupation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire.

maniale sans durée déterminée emporte un droit à indemnisation pour le cocontractant? (voir chapitre V).

I. La nécessaire précarité des occupations privatives du domaine public

Au premier regard, la décision du Conseil d'Etat pouvait surprendre. Une convention d'occupation du domaine public qui ne comporte pas de clause relative à sa durée est, à première vue, incompatible avec le principe selon lequel les occupations privatives du domaine public sont nécessairement temporaires. Il faut rappeler, en effet, qu'en application du principe d'inaliénabilité du domaine public, et selon les articles L. 2122-2 et L. 2122-3 qui traduisent ce principe dans le Code général de la propriété des personnes publiques, «l'occupation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire», si bien que le titre d'occupation «présente un caractère précaire et révocable».

C'est à l'aune de ces considérations que la cour administrative d'appel de Marseille avait considéré, dans une décision du 27 février 2007, qu'une convention qui autorisait une société à édifier un immeuble sur le domaine public communal était nulle dans son ensemble parce qu'elle ne fixait aucun terme indépendant de la volonté du preneur: «compte tenu du caractère substantiel de la stipulation relative à la durée dans les contrats autorisant l'occupation du domaine public, l'absence dans la convention d'une telle stipulation est de nature (...) à l'entacher de nullité; qu'eu égard à l'imprescriptibilité du domaine public, cette nullité d'ordre public peut être constatée à toute époque» (2).

Le Conseil d'Etat va clairement censurer cette décision. Dans son arrêt du 5 février 2009, il

a jugé que «si les autorisations d'occupation du domaine public doivent en principe être délivrées pour une durée déterminée, ainsi que le rappelle l'article L. 2122-2 du Code général de la propriété des personnes publiques, la seule circonstance qu'une convention ne conférant pas de droits réels à l'occupant du domaine public ne contenait aucune précision relative à sa durée n'est pas de nature à entacher celle-ci de nullité; qu'en effet, dans le silence sur ce point de la convention, le principe d'inaliénabilité du domaine public, qui s'applique sauf texte législatif contraire, implique que l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre fin à tout moment, sous réserve de justifier cette décision par un motif d'intérêt général, à l'autorisation d'occupation qu'elle a consentie».

L'explication se comprend sans peine. L'absence de clause attachée à la durée n'affecte pas le caractère temporaire et précaire de la convention, dans la mesure où une personne publique dispose toujours du pouvoir de résilier une convention d'occupation du domaine public pour motif d'intérêt général. Le Conseil d'Etat ajoute que ce pouvoir de résiliation unilatérale trouve son fondement dans le principe d'inaliénabilité du domaine public lui-même.

En clair, une convention d'occupation du domaine public peut, sur le principe, ne pas préciser sa durée, puisqu'elle est, sauf rare exception législative (3), nécessairement précaire, par application du principe d'inaliénabilité du domaine public. On observera que c'est en s'appuyant sur cette même explication que le Conseil d'Etat avait également, quelques mois plus tôt, jugé qu'un contrat administratif conclu entre deux personnes publiques, qui avait pour objet l'organisation du service public de la distribution d'eau potable, pouvait ne pas comporter d'indications sur sa durée, dès lors que chacune des deux parties disposait du pouvoir de résilier la convention pour un motif d'intérêt général (4).

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur le sens de cette décision. Le Conseil d'Etat ne juge pas qu'une convention sans durée déterminée est régulière. Elle ne l'est sans doute pas. Mais cette irrégularité, parce qu'elle n'est pas substantielle, n'emporte pas pour autant la nullité de la convention elle-même. Et, de ce point de vue, il ne fait guère de doute qu'une clause qui stipulerait explicitement

que la convention est conclue pour une durée indéterminée – ou a fortiori pour une durée illimitée – serait privée d'effet, parce que contraire au caractère nécessairement temporaire des occupations privatives du domaine public.

Le motif de la décision ne suscite donc pas de réelles discussions. Mais sa portée est en revanche plus incertaine.

II. Les conventions d'occupation du domaine public qui confèrent des droits réels au titulaire

Dans sa décision du 5 février 2009, le Conseil d'Etat prend soin de signaler que la convention d'occupation du domaine public, dont il était question dans cette affaire, était une convention qui ne confiait pas de droits réels à son titulaire, c'est-à-dire, en substance, l'essentiel des droits et obligations du propriétaire.

A NOTER
Les occupations privatives du domaine public auxquelles sont attachés des droits réels comportent incidemment, mais nécessairement, une durée, puisqu'elles sont légalement encadrées par une durée minimale et/ou maximale.

Faut-il en conclure que les conventions qui renferment des droits réels doivent nécessairement, cette fois, comporter une durée, à peine de nullité? La rédaction de la décision du Conseil d'Etat porte à le croire (5). Et il est sans doute, au-delà, des considérations qui militent dans le sens de cette conclusion (6).

D'abord, il faut observer que les occupations privatives du domaine public auxquelles sont attachés des droits réels comportent incidemment, mais nécessairement, une durée, puisqu'elles sont légalement encadrées par une durée minimale et/ou maximale. L'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales soumet les baux emphytéotiques administratifs au régime de l'article L. 451-1 du Code rural, lequel impose que les baux emphytéotiques aient une durée comprise entre 18 et 99 ans. Une autorisation d'occupation temporaire du domaine public ne peut pas excéder 70 ans, qu'elle soit délivrée par l'Etat (CG3P, art. L. 2122-6) ou par une collectivité territoriale (CGCT, art. L. 1311-5).

Ensuite, il faut rappeler que la durée des occupations privatives constitutives de droits

réels ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à l'amortissement des investissements réalisés par le preneur. Les articles L. 2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques et L. 1311-5 du Code général des collectivités territoriales indiquent clairement que «le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés et compte tenu de l'importance de ces derniers», et ils précisent que le droit réel confère «les prérogatives et obligations du propriétaire», uniquement «pour la durée de l'autorisation».

Ces textes traduisent, sans doute, une volonté d'encadrer dans le temps les autorisations auxquelles sont attachés des droits qui, parce qu'ils sont pour une bonne part ceux du propriétaire, peuvent plus directement affecter le principe d'inaliénabilité du domaine public. On rappellera à cet égard que le Conseil constitutionnel avait considéré que le renouvellement des autorisations constitutives de droits réels «sans qu'un terme définitif soit imposé (...) est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique» (7).

Pour autant, ils n'imposent pas formellement que le bail ou la convention emportant autorisation temporaire d'occupation du domaine public fixe préalablement une durée. Ils impliquent simplement que le bail, ou la convention, sera dépourvu de tout effet, une fois passée la durée maximale autorisée. Il faut observer, au-delà, que les conventions d'occupation domaniale auxquelles sont attachés des droits réels peuvent être résiliées pour un motif d'intérêt général, comme les conventions domaniales «ordinaires», si bien que, de ce point de vue, la solution apportée par le Conseil d'Etat dans sa décision du 5 fé-

(1) CE 5 févr. 2009, Assoc. société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes, req. n°305021.
(2) CAA Marseille 27 févr. 2007, Cne Nice, req. n° 05MA00234.
(3) Comme en matière de concessions funéraires, en application de l'article L. 2223-14 du CGCT.
(4) CE 24 nov. 2008, Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, req. n°290540.
(5) En ce sens, Maugüé Ch., «Une convention d'occupation du domaine public peut ne pas comporter de précisions relatives à sa durée», Revue juridique de l'économie publique, oct. 2009, p. 29.
(6) Dreyfus J. D., «La durée indéterminée des conventions d'occupation du domaine public», AJDA, 2009, p. 704.
(7) Cons. const. 21 juill. 1994, loi complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, déc. n°94-346 DC.

ANALYSE

ANALYSE

■ ■ ■ vrier 2009 pourrait être également appliquée aux autorisations domaniales constitutives de droits réels.

III. Convention d'occupation du domaine privé

Une convention d'occupation du domaine privé peut-elle également ne pas comporter de clauses relatives à sa durée? Une réponse positive s'impose sans doute. D'abord, contrairement à ce qu'il advient des conventions portant occupation du domaine public, le principe d'inaliénabilité ne s'applique pas au domaine privé, si bien que le caractère nécessairement temporaire de la convention ne s'impose pas à ce titre.

Ensuite, on ne voit pas pourquoi la décision du Conseil d'Etat ne trouverait pas à s'appliquer, dès lors qu'une convention portant occupation du domaine privé peut également faire l'objet d'une résiliation pour motif d'intérêt général. Il est en effet acquis que les contrats de droit privé, conclus sans limitation de durée, peuvent être unilatéralement résiliés par l'une ou l'autre des parties, sous réserve de ne pas commettre d'abus dans l'exercice de cette faculté et de respecter les prescriptions du contrat qui encadrent la résiliation. A cet égard le Conseil constitutionnel a admis « qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties » (8).

Ensuite, on ne voit pas pourquoi la décision du Conseil d'Etat ne trouverait pas à s'appliquer, dès lors qu'une convention portant occupation du domaine privé peut également faire l'objet d'une résiliation pour motif d'intérêt général. Il est en effet acquis que les contrats de droit privé, conclus sans limitation de durée, peuvent être unilatéralement résiliés par l'une ou l'autre des parties, sous réserve de ne pas commettre d'abus dans l'exercice de cette faculté et de respecter les prescriptions du contrat qui encadrent la résiliation. A cet égard le Conseil constitutionnel a admis « qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties » (8).

IV. Conventions domaniales soumises à une procédure de publicité et de mise en concurrence

Ce n'est pas ici le lieu de revenir sur le débat qui entoure la mise en concurrence des conventions d'occupations du domaine public. On rappellera simplement que, sous l'effet des principes de transparence et d'égalité de traitement du droit communautaire, et

de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (9), certaines juridictions administratives (10), mais pas toutes (11), considèrent que les conventions d'occupation du domaine public sont soumises à une obligation de mise en concurrence, dès lors qu'elles confient une « prestation économique à un tiers », ou à tout le moins – plus restrictivement – lorsqu'elles ont pour objet une prestation qui couvre des « activités d'intérêt général ou de service public assumées par l'administration propriétaire du bien » (12). Par ailleurs, il semble maintenant acquis, au plan national cette fois, que les principes d'égalité de traitement des administrés et de libre concurrence imposent une mise en concurrence de certaines des conventions domaniales qui ont pour objet la réalisation d'une activité économique qui intéresse plusieurs opérateurs (13). C'est ce qu'aurait incidemment jugé le Conseil d'Etat (14), dont il faut se souvenir qu'il avait, de façon plus générale, jugé « souhaitable » que les personnes publiques « s'astreignent à des obligations permettant de s'assurer qu'elles agissent dans la transparence souhaitée (...) pour toutes les autorisations ou conventions d'occupation du domaine public » (15).

Pour que cette exigence de mise en concurrence ait un sens, il faut que les conventions concernées puissent être régulièrement renouvelées, et donc qu'elles comportent une durée au terme de laquelle elles peuvent être remises en concurrence. De ce point de vue, il n'est pas absurde de faire une analogie avec la décision à l'occasion de laquelle le Conseil d'Etat a jugé que le plafonnement de la durée des délégations conclues dans le secteur de l'eau – soumises à une obligation de mise en concurrence périodique – faisait partie de « l'ordre public » contractuel (16).

Dans sa décision du 5 février 2009, le Conseil d'Etat ne se prononce pas réellement sur cette question, considérant, dans le cas d'espèce auquel il était confronté, qu'il n'ait pas apporté les « précisions nécessaires pour permettre d'apprécier » si la convention était – ou non – soumise à une exigence de mise en concurrence au jour de sa conclusion (le 4 août 1900).

Cependant, il serait logique que celles des conventions d'occupation du domaine public qui devraient être soumises à une obliga-

tion de mise en concurrence, au titre du droit de la concurrence et, le cas échéant, au titre du droit communautaire, doivent cette fois comporter une clause sur leur durée à peine de nullité, mais cette fois non pas au titre du principe d'inaliénabilité du domaine public, mais au titre de « l'ordre public » contractuel, tel que visé par le Conseil d'Etat dans sa décision commune d'Olivet précitée.

V. Résiliation d'une convention domaniale sans durée déterminée

Dans une décision du 31 juillet 2009, le Conseil d'Etat a jugé pour la première fois, dans un considérant de principe, que « si l'autorité domaniale peut mettre fin avant son terme à un contrat portant autorisation d'occupation du domaine public pour un motif d'intérêt général et en l'absence de toute faute de son cocontractant, ce dernier est toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de cette résiliation unilatérale dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle ». Et il a ajouté plus précisément qu'il « est en droit, par suite, d'obtenir réparation du préjudice direct et certain en résultant, tel que la perte des bénéfices découlant d'une occupation du domaine conforme aux prescriptions de la convention et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine, qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation » (17).

Est-ce qu'il en va de même lorsque la convention ne comporte pas de durée? On peut en douter. On observera à ce sujet que le Conseil d'Etat a jugé qu'un contrat confiant l'exploitation d'un ouvrage à un tiers, conclu sans durée, pouvait être résilié sans ouvrir un quelconque droit à indemnisation sur le terrain de la responsabilité contractuelle (18). Or, rien ne saurait justifier qu'une autre solution soit adoptée pour une convention d'occupation du domaine public. Partant, il y a lieu de penser que la résiliation pour motif d'intérêt général d'une convention qui

ne comporte pas de durée n'ouvre pas, en principe, de droit à indemnisation, sous réserve, évidemment, que les stipulations de la convention qui encadrent les modalités de la résiliation soient respectées (préavis notamment). Faut-il pour autant en conclure que, dans la pratique, il est opportun de ne pas apporter de précisions sur la durée dans une convention d'occupation du domaine public, pour se donner une plus grande marge de manœuvre? A l'évidence, non.

D'abord, si l'absence de durée n'est pas une « irrégularité substantielle » de nature à emporter la nullité de la convention, elle demeure toutefois une irrégularité, dont il n'est pas totalement exclu qu'elle puisse engager, dans certaines circonstances, la responsabilité de la personne publique gestionnaire du domaine, sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle, au titre de l'enrichissement sans cause. Ensuite, si la résiliation d'une convention sans durée déterminée ne devrait pas, en principe, emporter un droit

A NOTER
Si l'absence de durée n'est pas une « irrégularité substantielle » de nature à emporter la nullité de la convention, elle demeure une irrégularité, dont il n'est pas totalement exclu qu'elle puisse engager la responsabilité de la personne publique gestionnaire du domaine.

à indemnisation, il faut toutefois réserver le cas d'une résiliation abusive ou d'une résiliation qui apparaîtrait par trop anticipée par rapport au terme qui pouvait être légitimement attendu, et qui ouvrirait alors tout de

même un droit à indemnisation, sur le terrain de la responsabilité pour faute. Il faut rappeler, par ailleurs, que la décision de résiliation d'une convention d'occupation du domaine public peut être suspendue dans le cadre d'une procédure de référé (19), et même annulée par le juge administratif (20), contrairement à ce qu'il advient en principe de la résiliation des contrats administratifs. Partant, et dans la mesure où il est en revanche acquis que le bénéficiaire d'une au-

torisation d'occupation du domaine public ne peut pas prétendre à une quelconque indemnisation lorsqu'il est mis fin à la convention au terme spécifiquement prévu par la convention, il est recommandé d'encadrer l'exécution des conventions d'occupation du domaine public d'une durée. ■

[8] Cons. const. 9 nov. 1999, loi relative au pacte civil de solidarité, déc. n°99-419 DC.
[9] CJCE 7 déc. 2000, Telaustria, C-324/98.
[10] TA Nîmes 24 janv. 2008, Sté trains touristiques Eisenreich, n°0620809 - TA Paris 30 mai 2007, préfet Paris, n°0516131.
[11] CAA Nancy 29 nov. 2007, Sté ATAC, req. n° 06NC0118.
[12] C. Bardon & Y. Simonnet, « Telaustria: quel périmètre? », Dr. adm. n°1, janvier 2009.
[13] E. Fatôme & Ph. Terneyre, « A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobiliers et de travaux - Retour sur l'arrêt Auroux », AJDA, 2009, pp. 1868 et s.).
[14] CE 26 mars 1999, Sté EDA, req. n°202260.
[15] Rapp. public de 2002, Collectivités publiques et concurrence, EDCE, 2002, p.380.
[16] CE 8 avr. 2009, Cne Olivet, req. n°271337.
[17] CE 31 juill. 2009, Sté Jonathan Loisirs, req. n°316534.
[18] CE 22 févr. 1980, SA Sablières modernes d'Aressy, req. n°11939.
[19] TA Lyon 19 déc. 2008, Cne Chirols, n°0807510.
[20] CE 5 févr. 2009, Assoc. sté centrale agriculture, horticulture et acclimatation Nice et Alpes-Maritimes, préc.

ANALYSE

La Gazette vous aide à y voir plus clair

Abonnez-vous jusqu'à 57% de réduction
Pour vous abonner, reportez-vous aux bulletins d'abonnement présents dans la revue.

La Gazette c'est :
 CHAQUE SEMAINE, CHAQUE JOUR, EN PERMANENCE.

Plébiscite avec son supplément, La Gazette est 100% numérique et 100% gratuite à télécharger sur le site www.lagazette.fr

Landes prévention
Le Centre de Gestion de la Fonction Publique Territoriale des Landes

VOUS INVITE A LA
JOURNÉE TERRITORIALE DE LA PRÉVENTION DES RISQUES PROFESSIONNELS
MARDI 9 NOVEMBRE 2010 MORCEUX

Conférence - Matinée
• Risques professionnels et Développement Durable

4 Ateliers Débats - Après-midi
• Risques psychosociaux ou Environnement, Jardins, espaces verts
• Risque roulier ou Services à la personne

EXPOSANTS PROFESSIONNELS & INSTITUTIONNELS

RENSEIGNEMENTS ET INSCRIPTION
www.cdfp04.fr