

Décryptage de la réforme du domaine public

Par **Alexandre Vandepoorter**, avocat associé, Cabinet Seban et associés

Le domaine public a eu lui aussi sa réforme cette année. Outre la nouvelle obligation de principe de procéder à des mesures de publicité et de sélection préalables à la délivrance des titres d'occupation, la réforme affecte aussi bien les règles sur la cession que sur la mise à disposition des dépendances du domaine public.

Attendue, l'ordonnance du 19 avril 2017 relative au droit de la propriété des personnes publiques a tenu pour une part les promesses annoncées par la loi Sapin 2 (1), sur l'habilitation de laquelle elle a été adoptée. L'obligation de principe de procéder à des mesures de publicité et de sélection préalables à la délivrance des titres d'occupation du domaine public est naturellement le principal événement. Il neutralise pour une part l'insécurité juridique dans laquelle se trouvaient les personnes publiques lorsqu'elles concluaient des conventions d'occupation du domaine ; conventions dont elles ne savaient pas trop si elles devaient être ou non précédées d'une procédure de mise en concurrence, au titre du droit national, sinon du droit européen. Comme il advient de toute modification en profondeur de l'ordonnancement juridique, l'événement suscite lui-même de nouvelles questions et, d'un certain point de vue, introduit fatalement une nouvelle insécurité juridique. Mais il n'y a toutefois pas matière à reproche, à tout le moins si l'on veut bien croire que c'est toujours de cette façon que le droit avance, et que cette insécurité nouvelle n'est que passagère. Au-delà de cette « révolution culturelle », l'ordonnance introduit d'autres dispositifs, certes plus techniques et moins emblématiques, mais en pratique très utiles. Et, de ce point de vue, l'ordonnance doit également être saluée.

Nouveautés attachées à la cession des dépendances du domaine public

Trois sujets peuvent retenir l'attention : la régularisation des cessions « mal faites », le

déclassement par anticipation d'une dépendance du domaine public et l'absence de mise en concurrence préalable à la cession.

Régularisation des cessions « mal faites »

L'article 12 de l'ordonnance indique que « les biens des personnes publiques qui, avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, ont fait l'objet d'un acte de disposition et qui, à la date de cet acte, n'étaient plus affectés à un service public ou à l'usage direct du public peuvent être déclassés rétroactivement par l'autorité compétente de la personne publique qui a conclu l'acte de disposition en cause, en cas de suppression ou de transformation de cette personne, de la personne venant aux droits de celle-ci ou, en cas de modification dans la répartition des compétences, de la personne nouvellement compétente ».

Le dispositif est en pratique essentiel, puisqu'il est aujourd'hui de nombreux ensembles immobiliers qui ont été construits sur des terrains qui avaient été cédés par des collectivités territoriales, sans qu'elles aient au préalable procédé à leur déclassement formel, c'est-à-dire sans que l'organe délibérant n'ait, par un acte explicite, approuvé le déclassement d'une dépendance désaffectée de fait à l'utilité publique. Et ce sans nécessairement qu'à l'époque la collectivité se rende coupable d'un oubli grossier, tant le principe du déclassement formel demeurait peu fixé dans les esprits et donc dans les usages. Jusqu'à aujourd'hui, ces cessions « mal faites » faisaient toutefois peser une insécurité juridique forte sur le droit de propriété des acquéreurs actuels, puisque fondamentalement l'acte de vente devait être considéré comme nul, au titre du principe d'inaliénabilité du domaine public

qui veut qu'une dépendance du domaine public ne puisse être cédée à peine de nullité de la vente.

Il est donc maintenant possible d'effacer le vice qui entachait la vente. Et les modalités de cette « régularisation » sont relativement simples, contrairement à ce qui avait été envisagé au départ : le texte indique que le « déclassement rétroactif » est réalisé par l'autorité administrative qui était compétente au départ pour déclasser la dépendance concernée (le conseil municipal...), sans autre formalité supplémentaire, tel qu'un visa du contrôle de légalité ou l'intervention d'une autorité judiciaire. La réforme doit être saluée de ce point de vue.

Déclassement « anticipé »

L'article L.2141-2 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) dispose désormais que : « par dérogation à l'article L.2141-1, le déclassement d'un immeuble appartenant au domaine public artificiel des personnes publiques et affecté à un service public ou à l'usage direct du public peut être prononcé dès que sa désaffectation a été décidée alors même que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement ». En clair, une collectivité territoriale peut déclasser et vendre immédiatement un bien alors même qu'il n'est pas encore désaffecté dans les faits. Cette faculté – jusque-là réservée à l'État – est également importante, parce qu'elle permet aux collectivités territoriales de procéder à des opérations immobilières sans être contraintes d'assurer le portage financier de l'opération : une collectivité peut céder

un immeuble, sans être tenue de quitter préalablement l'immeuble, le temps pour elle d'acheter ou de faire construire, avec les fruits de cette vente, le nouveau bâtiment dans lequel elle souhaite s'installer.

Dans la continuité de ce dispositif, l'ordonnance insère par ailleurs dans le CG3P un article L.3112-4 selon lequel : « un bien relevant du domaine public peut faire l'objet d'une promesse de vente ou d'attribution d'un droit réel civil dès lors que la désaffectation du bien concerné est décidée par l'autorité administrative compétente et que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation permettant le déclassement ne prenne effet que dans un délai fixé par la promesse ». Cette ouverture est importante dans la vie des affaires que conduisent les collectivités territoriales, notamment dans le cadre des opérations d'aménagement ou autres opérations immobilières d'importance : la possibilité d'obtenir un engagement ferme de vente de la part d'une collectivité territoriale avant la désaffectation d'un bien immobilier permet aux opérateurs économiques d'apporter dès le départ des garanties aux investisseurs et financeurs du projet, et permet de mobiliser immédiatement du financement pour commencer les études et le façonnement du projet concerné.

Absence de procédure de mise en concurrence préalable à la cession

Si la réforme introduit ainsi des dispositifs techniques attendus et donc importants en pratique, elle brille toutefois par une absence certaine : l'ordonnance n'introduit pas – comme on pouvait pourtant s'y attendre – un mécanisme de mise en concurrence préalable aux cessions domaniales des collectivités territoriales.

La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 invitait en effet le gouvernement à introduire « des règles régissant les transferts de propriété réalisés par les personnes publiques en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables aux opérations de cession », à l'instar de ce qu'il advient déjà des biens de l'État. Mais alors que les premiers projets d'ordonnance qui circulaient de façon informelle au cours de l'hiver prévoyaient apparemment bien d'introduire une mise en concurrence des cessions domaniales locales dans le droit positif, le texte final n'en dit rien, sans que l'on sache très bien pourquoi. Certains s'en émeuvent (2).

Le sujet reste toutefois clairement dans l'« air du temps ». Nombreux sont ceux qui appellent de leur vœu un changement



du droit positif sur le sujet, et ce au titre de principes constitutionnels ou principes généraux du droit, sollicités pour l'occasion (bonne gestion des deniers publics, égal accès à la commande publique, égalité devant les charges publiques...). Surtout, il est de nombreuses juridictions administratives qui se sont inscrites dans le mouvement, en jugeant, mais au seul titre des « principes généraux de la commande publique », que certaines cessions domaniales devaient faire l'objet à ce titre d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence préalables (3). La position semble toutefois condamnée pour l'heure : le Conseil d'État considère, comme il l'a rappelé récemment, qu'« aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à une personne morale de droit public autre que l'État de faire précéder la vente d'une dépendance de son domaine privé d'une mise en concurrence préalable » (4).

Le débat n'est pas fermé pour autant, notamment en considération du droit européen qui pose chaque jour le sujet avec une acuité plus grande, et ce notamment à la lecture d'une récente décision de la Cour de Justice qui semble tenir pour acquis qu'à un titre ou à un autre (principe de libre concurrence, de transparence...), la dévolution de certaines propriétés publiques devait être

précédée de publicité et de mise en concurrence (5). On y vient maintenant.

Nouveautés attachées à l'occupation du domaine public : le principe d'une sélection préalable

L'événement que renferme l'ordonnance du 19 avril dernier porte naturellement sur l'obligation qui pèse maintenant sur les personnes publiques de solliciter une procédure de publicité et de sélection préalables à la délivrance de titres d'occupation du domaine public. Et, bien qu'il existe d'autres dispositions nouvelles qui sont également bienvenues (gratuité de la redevance dans certains contrats publics d'affaires...), c'est sur ce sujet qu'il faut s'arrêter. Il pose en l'état, et c'est logique, bien des questions, et ce tant sur le champ d'application du principe, que sur les exceptions qu'il comporte.

Champ d'application du principe

Un nouvel article L.2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques indique que « 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 ».

Le principe ne s'applique donc qu'aux seules dépendances du domaine public, et non pas aux dépendances du domaine privé, qui peuvent être mises à disposition des tiers pour une occupation privative par la voie de contrat de location, de baux commerciaux, de baux emphytéotiques ou autres baux à construction.

Il ne faut pas en être surpris. Il est vrai que le rapport de présentation de l'ordonnance au président indique que l'ordonnance impose « de soumettre la délivrance de certains titres d'occupation du domaine public et privé à une procédure de sélection entre les candidats potentiels ». Mais ce n'est pas le cas. Et pour cause : comme le relèvent certains auteurs, « en dépit de ce qui est dit dans le rapport au président de la République qui accompagne l'ordonnance », il reste que « la loi Sapin n'habilitait le gouvernement à définir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable que pour l'occupation du domaine public, de sorte que le gouvernement aurait excédé sa compétence s'il avait étendu ces obligations à la délivrance de titres d'occupation du domaine privé » (6).

On peut en revanche le regretter, et légitimement se demander si cette obligation de mise en concurrence des titres d'occupation du domaine privé ne trouve toutefois pas autrement à s'appliquer, au titre du droit européen. On sait en effet que la Cour de Justice de l'Union européenne a récemment jugé, notamment sur le fondement de la directive dite « Services », que « l'octroi d'autorisations, lorsque leur nombre est limité en raison de la rareté des ressources naturelles, doit être soumis à une procédure de sélection entre les candidats potentiels, laquelle doit répondre à toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment de publicité adéquate » (5). La doctrine conclut de cette décision que « les dispositions de la directive Services imposent donc bien une procédure d'attribution transparente lorsque l'autorisation domaniale est nécessaire à l'exercice d'une activité économique » et que « cela signifie en pratique que les collectivités publiques ne peuvent plus délivrer de titres d'occupation domaniale – que ce soit par voie contractuelle ou par voie unilatérale – sans, lorsqu'il s'agit d'autoriser l'exercice

d'une activité économique sur le domaine, mettre en œuvre une procédure transparente supposant, au minimum, une publicité préalable » (7). Et le même auteur souligne que la solution devrait être transposable aux titres d'occupation du domaine privé tant « le droit de l'Union européenne se moque des qualifications nationales » et tant « la solution consacrée par l'arrêt de la Cour de Justice n'est pas réservée à l'occupation du domaine public » (8). Elle est rejointe dans ce raisonnement par de nombreux auteurs (9). Il n'est donc pas absurde de penser que le droit européen ne fait pas la distinction entre domaine public et domaine privé, et impose l'organisation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence des titres qui offrent à son titulaire la faculté de satisfaire une « exploitation économique ».

C'est l'autre sujet ouvert par le champ d'application du principe de sélection préalable des titres d'occupation domaniale : la notion « d'exploitation économique » demeure bien générale, et ne manquera pas de susciter des débats. À lire les nombreuses et assez lâches exceptions portées au principe, on y vient, il y a toutefois sans doute tout lieu de penser que la formule doit être comprise de façon étendue : la mise en concurrence s'imposera dès lors que le titulaire de l'autorisation d'occupation du domaine public pourra produire, en conséquence de l'occupation permise, une activité qui lui assurera des recettes. C'est en ce sens que se prononce la doctrine : « le critère employé par l'ordonnance est très large – davantage que celui de l'intervention sur un marché concurrentiel », si bien que « cela correspond à toute activité de production, de distribution ou de service « sur » le domaine public ou liée à l'utilisation du domaine lui-même » (6). Partant, « on s'accordera pour considérer que sont concernées toutes les hypothèses dans lesquelles l'occupation est nécessaire ou utile à l'exploitation, sur le domaine public, d'une activité économique au sens accueillant que droit européen et droit de la concurrence donnent à l'expression » (10).

Exceptions au principe

On le disait, il est un grand nombre d'exceptions posées à ce principe étendu de sélection préalable à la délivrance des titres d'occupation privative du domaine public. Sans qu'il soit possible en quelques lignes d'embrasser dans le détail l'ensemble du sujet, il est acquis que les exceptions évoquées, très nombreuses, suscitent fatalement la réflexion.

Certaines se comprennent sans peine et ne devraient pas poser de difficultés d'application. C'est vrai de la disposition qui

indique que le principe de mise en concurrence n'est pas applicable « lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection ». C'est vrai sans doute aussi du cas dans lequel « la délivrance du titre [...] s'insère dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes caractéristiques que la procédure » à suivre sinon. Il faut penser également au cas dans lequel « le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante, sans que sa durée totale ne puisse excéder celle prévue à l'article L.2122-2 ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente ».

Il est d'autres (vraies) exceptions au principe de mise en concurrence dont le champ d'application suscitera en revanche bien des débats. Le texte indique ainsi que l'obligation de procéder à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence n'est pas non plus applicable lorsque « l'organisation de la procédure qu'il prévoit s'avère impossible ou non justifiée ». Voilà deux adjectifs dont on mesure bien qu'ils ne seront pas nécessairement perçus de la même façon par les uns et par les autres. Et ce sentiment est conforté par la liste des exceptions énoncées (de façon non exhaustive) comme étant précisément « des cas » dans lesquels la mise en concurrence est impossible ou injustifiée. Elles le sont plus ou moins. On devrait ainsi rapidement s'accorder sur la portée du cas dans lequel « le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente ou à une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit », situation qui fait écho à la notion de quasi-régie, propre au droit de la commande publique mais qui présente ici un caractère nettement plus englobant. C'est peut-être également l'avenir de l'exception justifiée par la circonstance qu'« une première procédure de sélection s'est révélée infructueuse ou qu'une publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent est demeurée sans réponse », exception qui trouve ici aussi une analogie avec le droit de la commande publique.

En revanche, il est des exceptions qui commanderont fatalement aux juridictions administratives d'apporter des précisions à l'avenir. Le texte indique ainsi que la mise en concurrence n'est pas applicable

« lorsque l'urgence le justifie », sachant que la « durée du titre ne peut alors excéder un an ». La mise en concurrence n'est pas autrement possible « lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient ». Au-delà et surtout, l'ordonnance indique que la mise en concurrence peut ne pas être justifiée ou être impossible « 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 ». Et cette exception, nettement moins large qu'il n'y paraît, doit être distinguée de celle dans laquelle « une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ». Il faut fatalement conclure par les modalités de mise en œuvre du principe. Elles suscitent elles-mêmes bien des questions. Le texte est très bref sur le sujet : « 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 ». Il va sans dire que la portée des mesures de publicité, et la complexité des règles qui seront posées pour la compétition (critères de sélection, délais de remise des propositions...), seront affaire d'espèce. Mais il ne faut pas oublier l'adverbe « librement », et ne pas – par facilité ou par peur de l'inconnu – s'imposer de suivre des règles préconçues pour des procédures de passation de commande publique, que le titre d'occupation domaniale n'est pas par définition.

(1) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

(2) Terneyre Ph., Noguellou R., « Ordonnances domaniales : encore un effort pour les cessions », AJDA, 2017, p. 1102 et s.

(3) CAA Marseille, 25 février 2010, commune de Rognes, req. n° 07MA03620.

(4) CE, 27 mars 2017, centre hospitalier spécialisé de la Savoie, req. n° 390347.

(5) CJUE, 14 juillet 2016, Promoimpresa, C-458/14.

(6) Ch. Maugué et P. Terneyre, « Ordonnance domaniale, un bel effort pour la modernisation du CGPPP », AJDA 2017, p. 1606.

(7) Noguellou R., « L'attribution des autorisations domaniales : feu l'arrêt Jean-Bouin... », AJDA 2016, p. 2176.

(8) Ibid.

(9) Voy. notamment, G. Clamour, « Une nouvelle donne pour l'occupation domaniale », Revue Contrats et marchés publics, mai 2017 ; C. Maugué et P. Terneyre, « Ordonnance domaniale, un bel effort pour la modernisation du CGPPP », AJDA 2017, p. 1606.

(10) G. Clamour, « Une nouvelle donne pour l'occupation domaniale », Revue Contrats et marchés publics, mai 2017.

 **carrieres-publiques.com**

Réussissez votre concours de la fonction publique

FILIÈRE
SÉCURITÉ

© Chlorophylle - Fotolia.com



Préparations en ligne et à distance – stages en présentiel
ouvrages – annales – services complémentaires

Toutes nos solutions sur www.carrieres-publiques.com