

Sécurisation et simplification des règles de gestion du domaine public dans le cadre de l'ordonnance du 19 avril 2017

L'ordonnance du 19 avril 2017 vient sécuriser les règles relatives aux opérations immobilières des personnes publiques, par l'assouplissement des règles de déclassement anticipé des biens immeubles du domaine public et l'élargissement de la conclusion de promesses de vente. Cette réforme demeure toutefois inachevée.

Auteur

Philippe Guellier

Julien Brulas

Avocats au barreau de Lyon
SCP SEBAN et Associés

Références

Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017

Mots clés

Cession • Déclassement • Désaffectation • Droits réels
• Promesse de vente

L'article 34 de la 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 (dite « loi Sapin 2 »), avait annoncé l'adoption d'une ordonnance relative, d'une part, aux « règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public » et, d'autre part, aux « règles régissant les transferts de propriété réalisés par les personnes publiques ».

Il était laissé un délai de douze mois au gouvernement pour formaliser la rénovation d'un cadre juridique en bonne partie ancien et comportant encore des contraintes fortes imposées aux personnes publiques pour la gestion de leur domaine. Celui-ci n'aura finalement eu besoin que de quelques mois pour publier l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

Opérant une profonde refonte de certaines parties du Code général de la propriété des personnes publiques, cette ordonnance instaure, à compter du 1^{er} juillet 2017, une mesure phare : l'obligation de mise en concurrence des futurs occupants du domaine public. Mais cela n'est pas la seule innovation de cette ordonnance. En effet, un chapitre entier de celle-ci (le II) est consacré au déclassement des biens du domaine public et à la cession de ces mêmes biens.

L'objectif affiché du législateur délégué au travers de ces dispositions est de sécuriser les cessions de biens des

personnes publiques⁽¹⁾, afin de faciliter le portage financier d'opérations immobilières⁽²⁾, en dérogeant au principe selon lequel « un bien, même déclassé mais non désaffecté en fait, est maintenu dans le domaine public et par conséquent inaliénable »⁽³⁾.

L'ordonnance insère ainsi plusieurs nouveaux articles au Code général de la propriété des personnes publiques qui généralisent le possible déclassé anticipé des biens du domaine public, autorisent la réalisation d'une promesse de vente par les collectivités territoriales et leurs groupements sur ces mêmes biens et introduisent quelques dispositions résiduelles non négligeables.

L'extension du mécanisme de déclassé anticipé d'un bien immeuble du domaine public en vue de sa cession

Le mécanisme de déclassé anticipé d'un bien du domaine public, en vue de sa cession, préexistait à l'ordonnance puisqu'il était autorisé pour les immeubles appartenant au domaine public artificiel de l'État ou de ses établissements publics et affecté à un service public, pour lesquels la désaffectation pouvait intervenir postérieurement à l'acte de déclassé⁽⁴⁾.

Ce mécanisme avait déjà été étendu par l'article 35 de la loi dite « Sapin 2 » aux collectivités territoriales, à leurs groupements et à leurs établissements publics.

L'ordonnance vient revoir les conditions de mise en œuvre de ce mécanisme : l'article 9 de l'ordonnance procède à une réécriture intégrale de l'article L. 2141-2 du CG3P pour étendre de manière triple ce mécanisme.

En premier lieu, l'article L. 2141-2 du CG3P vise à présent de manière générique les « personnes publiques », comme l'article L. 1 du CG3P, dont les collectivités territoriales et leurs groupements. On notera que cette modification rédactionnelle exclut en revanche les personnes privées affectataires d'un immeuble du domaine public, ce qui s'entend dès lors que l'autorité habilitée à procéder à ce déclassé anticipé doit, en toute logique, être celle compétente pour décider de sa désaffectation.

En second lieu, ce mécanisme concerne dorénavant, non seulement les biens affectés à un service public, mais également les biens affectés à l'usage direct du public.

Cette extension offre ainsi une plus grande liberté aux personnes publiques dans la gestion de leur domaine, et plus seulement en vue de répondre aux seules contraintes du service public. Pour autant, si l'ordonnance élargit le champ d'application de ce déclassé anticipé, elle n'en impose pas moins une contrainte organisationnelle. En effet, les personnes publiques sont dorénavant tenues de prévoir l'organisation de la libération du bien immeuble en vue de la cession, c'est-à-dire sa sortie du champ d'intervention du service public ou de son affectation à l'usage du public. Cette contrainte est en réalité double car, si ces conditions de libération du bien doivent être prévues par les personnes publiques dans l'acte de vente, ces dernières sont tenues d'assurer également le maintien du bien dans le périmètre du service public ou à l'affectation à l'usage du public avant la date d'effet de la cession. En effet, l'objectif de l'ordonnance est de faciliter les cessions domaniales de biens des personnes publiques alors même qu'ils restent affectés. En imposant à ces personnes publiques un véritable plan de désaffectation et de libération, le législateur délégué impose, *de facto*, que ces biens restent réellement affectés jusqu'à leur aliénation.

En troisième lieu, le délai maximum, qui était auparavant fixé à trois ans entre l'acte de déclassé et la désaffectation, est étendu à six ans lorsque la désaffectation dépend de la réalisation d'une opération de construction, restauration ou réaménagement. On notera que ce délai est maintenant fixé par la loi, sans qu'il soit fait référence à une précision ultérieure sur le plan réglementaire. Et l'article 9 autorise la personne publique aussi bien à fixer, dès l'origine de l'opération, ce délai à six ans ou à proroger jusqu'à ce maximum un délai initial trop court.

Cette dernière évolution va permettre aux personnes publiques d'adapter leur mode de gestion de leur domaine public aux impératifs des opérations immobilières, qui s'avèrent souvent plus longues que ce qui pouvait être espéré.

Cette extension du délai rejoint pleinement la préoccupation de certains conseillers d'État ayant assisté le gouvernement dans la rédaction initiale du code et qui considéraient que « l'intérêt d'une telle mesure se comprend aisément car [...] elle permet de ne pas retarder une opération lorsque la désaffectation se prolonge dans le temps en raison de la complexité de l'opération »⁽⁵⁾. En conclusion, l'extension du mécanisme de déclassé anticipé répond à une volonté de simplification de la gestion du domaine public et à une certaine souplesse dans l'évolutivité de la classification des biens des personnes publiques, du moins dans sa perception formelle.

(1) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques (NOR : ECFM1704343P).

(2) P. Hansen, *Propriété des personnes publiques en 100 questions*, éd. *Le Moniteur*, 2012, p. 305 ; A. Vandepoorter, « Les contraintes attachées aux cessions domaniales « complexes » », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 138, décembre 2013.

(3) CAA Marseille, ord. 30 mars 2017, req. n° 17MA00472, inédit au *Rec. CE*.

(4) CG3P, art. L. 2141-2.

(5) C. Maugüe et G. Bachelier, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073.

L'assouplissement des conditions de conclusion de promesse de vente ou d'octroi de droit réel à compter de la décision de désaffectation

Le principal apport de l'ordonnance en matière de cession est l'ajout d'un article L. 3112-4 au CG3P autorisant la conclusion d'une promesse de vente ou d'attribution de droits réels sur un bien relevant du domaine public.

La jurisprudence administrative admettait l'engagement de personnes publiques de procéder au déclassement de biens en vue de leur cession future⁽⁶⁾, voire même l'engagement à céder ce bien après sa désaffectation⁽⁷⁾.

Mais ce type de montage portait à interrogation sur la capacité pour les personnes publiques à s'engager à procéder à un déclassement futur, d'autant que la possibilité de procéder à un déclassement anticipé n'était pas étendue à toutes les personnes publiques.

Cet ajout d'une dérogation à l'inaliénabilité des biens du domaine public met fin au débat sur la possibilité pour les collectivités territoriales de conclure des promesses de vente⁽⁸⁾. La conclusion d'une telle promesse est conditionnée à une désaffectation à venir, justifiée par les nécessités du service public ou l'affectation à l'usage du public. Ce mécanisme rejoint la possibilité d'opérer un déclassement anticipé dans son objectif de sécuriser les cessions de biens des personnes publiques.

Néanmoins, le risque de résolution de plein droit de la vente en l'absence de désaffectation effective d'un bien du domaine public demeure un point d'attention au regard des exigences de la jurisprudence. En effet, la désaffectation d'un bien ne se déclare pas, elle se constate au vu d'éléments factuels établis et son déclassement ne peut résulter que d'une décision expresse de la personne publique propriétaire⁽⁹⁾. De manière ancienne, le juge administratif considère qu'une courte période de désaffectation du service public peut ne pas suffire pour considérer comme effective la désaffectation⁽¹⁰⁾. Plus récemment, cette problématique a pu ressurgir : le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a récemment considéré que le changement de nature - d'une nature publique à une nature privée - d'un service de parcs de stationnement exercé sur le domaine

public ne constituait pas une désaffectation de l'ouvrage concerné⁽¹¹⁾, décision confirmée en appel⁽¹²⁾.

Il conviendra donc pour les personnes publiques d'engager toutes les mesures nécessaires à la désaffectation effective du bien du domaine public objet de la vente. On peut d'ailleurs penser que l'engagement de désaffecter le bien pris au titre de l'article L. 2141-2 du CG3P pourrait être formalisé dans le cadre de la conclusion de la promesse de vente, ce qui permettrait de sécuriser non seulement l'engagement du promettant mais également, et surtout, de garantir le bénéficiaire de la faisabilité du montage.

Il est à noter que contrairement aux dispositions nouvelles relatives au déclassement anticipé, aucun délai n'est imposé pour la réalisation effective de la désaffectation après signature de la promesse. Il conviendra toutefois de prévoir un tel délai, à peine de caducité de la promesse, pour éviter d'inclure des engagements *sine die*.

Enfin, la promesse de vente doit prévoir une clause résolutoire tenant à l'absence d'un motif tiré de la continuité du service public ou de la protection des libertés auxquels le bien en cause est affecté.

Ainsi, si l'une de ces conditions impose que le bien concerné reste intégré au domaine public, la promesse sera résolue de plein droit, sans que cela ne puisse ouvrir droit à une indemnité au profit du bénéficiaire, à l'exception des dépenses engagées par lui, sous la condition que de telles dépenses aient profité à la personne publique propriétaire. Il s'agira de travaux d'amélioration du bien ou d'entretien qui auraient pu être autorisés par anticipation dans le cadre de la promesse.

Les autres dispositions de l'ordonnance du 19 avril 2017 relatives à la cession des biens des personnes publiques

L'ordonnance du 19 avril comporte encore trois dispositions qui, bien que résiduelles, ne sont pas pour autant négligeables.

L'extension de l'exception de gratuité aux cessions des biens meubles du MDD au profit d'États étrangers

Tout d'abord, l'ordonnance ajoute à l'article L. 3212-2 du CG3P un nouveau cas de gratuité possible de cession de biens meubles du domaine public de l'État, qui s'applique aux « cessions au profit d'États étrangers de biens meubles du ministère de la défense, y compris de matériels de guerre et assimilés, lorsqu'elles contribuent à une action d'intérêt public, notamment diplomatique,

(6) CE 23 avril 2003, Association Vivre à Endoume. Défense et environnement, req. n° 249918.

(7) TA Paris 19 décembre 2011, Association Accomplir, req. n° 1100847, 1100848.

(8) L. Aynès, E. Fatôme et M. Raunet, « Les promesses de vente du bien du domaine public sous condition suspensive », *AJDA* 2014, p. 961.

(9) CE 19 novembre 2014, Régie municipale Espaces Cautelets, req. n° 366276.

(10) CE 1^{er} février 1995, Préfet de la Meuse, req. n° 127969.

(11) TA Marseille 18 janvier 2017, req. n° 1610104.

(12) CAA Marseille 30 mars 2017, req. n° 17MA00470.

d'appui aux opérations et de coopération internationale militaire ». Cet article concerne donc le seul ministère de la Défense.

La régularisation de plusieurs situations problématiques

L'article 12 de l'ordonnance vient offrir les outils permettant aux personnes publiques de régulariser des situations problématiques affectant leur domaine public.

D'une part, le premier alinéa autorise les personnes publiques ayant fait un acte de disposition d'un bien du domaine public non, ou mal, déclassé à procéder à un déclassement rétroactif. Cette régularisation des actes de disposition ne concerne, par sécurité, que les biens qui, « à la date de cet acte, n'étaient plus affectés à un service public ou à l'usage direct du public ». Elle pourra notamment intéresser les personnes publiques qui, avant 2006, avaient pu céder un bien de leur domaine public sans déclassement, affectant les actes de cession d'une illégalité patente alors que des investissements ont pu être réalisés par l'acquéreur. Enfin, on notera encore que le mécanisme de régularisation n'est ouvert qu'aux biens concernés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Il ne s'agit donc pas d'une généralisation de cette possibilité.

D'autre part, le second alinéa de cet article dispose que « Les dispositions des articles L. 3112-1 et L. 3112-2 du code général de la propriété des personnes publiques sont applicables aux cessions et échanges entre personnes publiques réalisés antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 21 avril 2006 susvisée ». Ces articles concernent les cessions à l'amiable, sans déclassement préalable, de dépendances du domaine entre personnes publiques. Il s'agit une fois encore de permettre à des personnes publiques ayant cédé un bien de leur domaine public à une autre personne publique sans déclassement, à une époque où ce n'était pas admis par le juge administratif, de régulariser les actes de cessions ou d'échanges.

Au total, les dispositions relatives aux déclassements et aux cessions de l'ordonnance du 19 avril 2017 offrent aux personnes publiques de nouveaux outils innovants pour la gestion du domaine public, en particulier en élargissant les règles de déclassement anticipé d'un bien immobilier du domaine public et en élargissant aux collectivités et à leurs groupements la possibilité de conclure des promesses de vente.

Cette réforme reste cependant inachevée. Les obligations de publicité et de mise en concurrence préalables aux opérations de cession, visées à l'article 34 de la loi « Sapin 2 », ont été retirées de la version définitive de l'ordonnance, certainement faute de temps pour aboutir à un consensus. Il fait cependant peu de doute que le législateur devra intégrer en droit national de telles obligations : d'ores et déjà, sous l'angle peu connu du droit des aides d'État, les personnes publiques sont encouragées depuis 1997, à procéder à des appels d'offres, après publicité préalable, pour la vente de leurs terrains et bâtiments^[13]. Par ailleurs, si la décision de la Cour de justice de l'Union européenne dite *Promoimpresa Srl*^[14], qui a poussé le législateur délégué à adopter l'ordonnance, concerne les règles d'occupation des biens publics, la notion de « rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables » ne peut que conduire à imposer des obligations similaires de mise en concurrence pour la cessions de biens immobiliers. Se posera notamment à cette occasion la question de la légalité des cessions sans mise en concurrence de biens immobiliers entre personnes publiques.

[13] Communication de la Commission européenne concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, n° 97/C-209/03, JOCE n° C209 du 10 juillet 1997.

[14] CJUE 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl* aff. C-458/14.