

# Conventions d'occupation du domaine public conclues entre personnes publiques : état des lieux

Dans le cadre de l'occupation du domaine public, deux personnes publiques peuvent conclure des titres classiques tels que des conventions d'occupation privative. Cependant, ces conventions s'avèrent parfois inadaptées et les personnes publiques doivent leur préférer le transfert de gestion.

Il est acquis que les personnes publiques peuvent conclure entre elles des conventions par lesquelles l'une concède à une autre un droit d'occupation de son domaine public. Et il est entendu que l'opération peut poursuivre des objectifs bien distincts : l'autorisation peut permettre à une autre personne publique d'utiliser un terrain ou un équipement public existant dont elle a besoin pour le fonctionnement de ses services, et ce comme un occupant « classique », mais elle peut permettre aussi à cette personne publique de donner à la dépendance une nouvelle affectation à l'utilité publique au titre de sa compétence, ou à tout le moins d'en ajouter une.

Parce que l'objet de l'occupation peut donc couvrir des objectifs bien distincts et parce que les personnes morales de droit public sont souvent placées sous un régime de droit bien spécifique, l'enjeu du sujet s'impose avec évidence : quels outils contractuels mobiliser afin de tenir compte des spécificités qui s'attachent à la circonstance que l'occupant du domaine public est une personne morale de droit public et que l'utilisation qu'elle fera de la dépendance n'est pas toujours celle qu'une société classique ou un particulier en aurait fait ?

Un constat s'impose simplement en conséquence : les titres classiques, qui permettent une occupation « privative » du domaine public, sont parfois inadaptés et doivent laisser la place à des contrats bien spécifiques qui emportent plus fondamentalement un transfert de gestion.

## Les conventions d'occupation privative du domaine public

### La possibilité de conclure des conventions d'occupation privative du domaine public entre personnes publiques

Une personne publique peut souhaiter occuper une dépendance du domaine public pour satisfaire des

#### Auteur

**Louis Malbête**  
Avocat à la Cour  
Cabinet Seban & Associés

besoins qui lui sont propres, et sans lien avec un service public dont elle a la charge : une commune peut utiliser le terrain d'un département pour y stocker du matériel technique ; une communauté de communes peut louer quelques espaces de bureau dans un ensemble immobilier plus vaste qui appartient à une région... Dès lors que l'occupation n'a pas pour objet d'affecter la dépendance à un service public ou à l'usage direct du public<sup>(1)</sup>, la personne publique se retrouve alors fatalement dans la situation d'un occupant « privatif » du domaine.

Naturellement, aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit de recourir aux titres classiques d'occupation privatif du domaine public entre personnes publiques, et ce qu'il s'agisse des autorisations d'occupation du domaine public, ou bien des baux emphytéotiques administratifs. L'enjeu dans de telles circonstances est ailleurs : il s'agit d'apprécier si le régime de l'occupation privative du domaine public trouve ou non à s'appliquer pleinement, alors même que l'occupant est d'une nature bien particulière.

Beaucoup se demandent si l'attribution de droits d'occupation du domaine public doit être précédée de mesures de sélection préalable, alors même que le bénéficiaire serait une personne publique. La réponse est claire : si l'occupant public entend exercer lui-même ou permettre l'exercice d'une activité économique, on ne voit pas pour quelle raison cette occupation ne serait pas précédée d'une sélection préalable, sauf à s'inscrire dans les exceptions prévues par le Code général de la propriété des personnes publiques. La solution ne doit pas surprendre, puisque dans un tel cas de figure, la personne publique ne se distingue pas d'un exploitant privé classique.

La question se pose également au sujet du montant de la redevance, dont la personne publique, comme tout occupant privatif, est en principe tenue de s'acquitter. Certains se sont émus de ce qu'une personne publique, qui œuvre nécessairement pour l'intérêt général, soit tout de même tenue de payer comme tout un chacun. En réponse à la question d'une sénatrice demandant si le Gouvernement entendait « faire évoluer ces règles afin de permettre l'exclusion du versement d'une redevance en cas de convention d'occupation du domaine public conclue entre deux personnes publiques », le ministre de l'Économie et des Finances a toutefois indiqué que « l'intérêt général ne constitue pas à lui seul un critère permettant de justifier la gratuité de l'occupation en toutes hypothèses », et a ajouté que « la prise en compte de l'activité d'intérêt général poursuivie par la collectivité occupante doit ainsi se traduire par la fixation d'un montant de redevance adapté, qui peut ne pas être élevé »<sup>(2)</sup>. La réponse est somme toute fort logique. Et il faut sans doute situer le sujet autrement : si une personne publique doit logiquement payer parce qu'elle « privatise » une dépendance publique, il reste que bien souvent le montant de la redevance demeurera modeste,

en considération de ce que l'occupation ne sera le plus souvent guère génératrice de recettes : il faut garder à l'esprit que le montant de la redevance doit tenir compte des avantages de toute nature procurés à l'occupant<sup>(3)</sup>.

## Le caractère parfois inadapté des conventions d'occupation privative du domaine public

Évidemment, l'occupation du domaine public ne peut être « privative » que si elle ne se confond pas avec l'affectation qui justifie l'appartenance – ou le maintien – de la dépendance au domaine public : une dépendance appartient au domaine public si elle est affectée à l'utilité publique, si bien qu'il ne saurait y avoir occupation privative du domaine si l'occupant public est très précisément celui qui affecte la dépendance concernée à l'utilité publique. Une ville qui occupe, exploite et gère un complexe sportif départemental n'est pas un occupant privatif du domaine public départemental, puisque c'est bien la ville qui affecte le complexe à l'utilité publique qui justifie son maintien dans le domaine public, à savoir le service public du sport.

En conséquence, lorsqu'une personne publique occupe une dépendance, non pas pour ses besoins « internes » mais pour l'affecter à une mission de service public, et que cette dépendance appartient au domaine public précisément à raison de cette affectation à un service public, il est raisonnable de penser que la personne concernée n'est pas un occupant privatif du domaine public.

Pour cette raison, les titres d'occupation privative deviennent foncièrement inadaptés lorsque la personne publique n'occupe le domaine public que pour maintenir l'affectation du bien, ou sinon pour lui en donner une nouvelle. Dans ce cas de figure, il y a tout lieu de penser que l'opération s'apparente plutôt à une superposition d'affectations ou à un transfert de gestion.

## Le transfert de gestion

### Les conditions de recours au transfert de gestion

Les articles L. 2123-2 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques organisent différents transferts de gestion. Outre le transfert de gestion « volontaire »<sup>(4)</sup>, il est possible à l'État d'opérer un transfert de gestion « unilatéral » pour un motif d'intérêt général<sup>(5)</sup>, tout comme de conclure une convention de gestion d'immeubles du domaine public national<sup>(6)</sup>.

Le transfert de gestion doit également être distingué de la superposition d'affectations<sup>(7)</sup>. Là où cette dernière

(1) CG3P, art. L. 2111-1.

(2) Réponse ministérielle n° 25487, *JO Sénat* 24 mars 2022, p. 1548.

(3) CG3P, art. L. 2125-3.

(4) CG3P, art. L. 2123-3.

(5) CG3P, art. L. 2123-4, R. 2123-12 et R. 2123-13.

(6) CG3P, art. L. 2123-2.

(7) CG3P, art. L. 2123-7 et L. 2123-8.

concerne les situations dans lesquelles deux affectations subsistent pour une même dépendance domaniale, dans le cas du transfert de gestion, une affectation « disparaît » au profit d'une autre, ou bien une seule et même affectation demeure mais est exercée par une autre personne publique (dans le cadre d'un transfert de compétence notamment, cas dans lequel les biens nécessaires à l'exercice d'une compétence « suivent » en principe la compétence transférée<sup>[8]</sup>).

C'est le plus souvent le transfert de gestion « amiable », issu d'un accord négocié entre les parties, qui sera sollicité pour permettre la gestion d'une dépendance du domaine public par une personne publique. Le transfert de gestion apparaît alors comme une alternative aux conventions d'occupation privatives du domaine : comme ces dernières, il permet l'octroi d'un droit à une tierce personne (ici, nécessairement une personne morale de droit public) afin que celle-ci gère et jouisse d'un bien relevant du domaine public.

Ce transfert de gestion se définit comme l'opération par laquelle une personne publique (le propriétaire) transfère à une autre personne publique (le bénéficiaire) la gestion d'un bien immobilier relevant de son domaine public, afin que cette dernière l'affecte à une utilité publique. La possibilité d'opérer un transfert de gestion est ouverte à l'ensemble des personnes publiques soumises au Code général de la propriété des personnes publiques (c'est-à-dire l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, ainsi que les établissements publics<sup>[9]</sup>), sous réserve que deux autres conditions soient satisfaites. D'une part, le bien doit relever du domaine public de la personne propriétaire, et d'autre part, la personne publique bénéficiaire doit l'affecter à l'usage direct du public ou sinon à une mission de service public au prix d'un aménagement indispensable<sup>[10]</sup>, de sorte que le bien continue de relever du domaine public après le transfert. Le transfert de gestion permet donc une continuité dans la domanialité publique d'un bien, malgré un changement d'affectataire<sup>[11]</sup>.

Et bien que les articles relatifs au transfert de gestion soient inclus dans une section intitulée « Transfert de gestion lié à un changement d'affectation » au sein du Code général de la propriété des personnes publiques, la doctrine administrative a précisé que « l'article L. 2123-3 ne comporte aucune disposition qui interdirait le recours à un transfert de gestion pour modifier la seule qualité de la personne publique gestionnaire d'un bien qui continuerait à relever de la même catégorie de domaine public, sans être ainsi accompagné concomitamment d'un changement matériel d'affectation de ce bien »<sup>[12]</sup>.

Les textes sont sinon peu exigeants quant au formalisme de l'opération. Il s'agit d'une opération qui nécessite en tout état de cause une décision écrite de l'organe

compétent de la personne publique procédant au transfert de la gestion d'un de ses biens<sup>[13]</sup>, et de façon plus générale des « manifestations expresses de volonté des collectivités concernées »<sup>[14]</sup>.

Les parties au transfert peuvent alors fixer par écrit les termes de leur accord, et rédiger une convention qui « fixe en tant que de besoin les règles de gestion applicables et les modalités techniques et financières de l'opération »<sup>[15]</sup>. Cette convention est donc, selon la lettre du texte, facultative. Sa présence est néanmoins recommandée afin de sécuriser juridiquement l'opération. Les textes imposent également la présence d'un état des lieux contradictoire à l'issue du transfert<sup>[16]</sup>, et la logique conduit à conseiller également la présence d'un tel état des lieux au moment où débute le transfert.

### Un régime souple et aisément adaptable par les parties

Les textes n'encadrent que très peu les modalités pratiques du transfert de gestion, et renvoient même explicitement, on le disait, à une convention qui peut être conclue par les parties pour régler ces aspects<sup>[17]</sup>. Cette souplesse concerne notamment trois éléments déterminants de la relation entre les parties : la durée de la convention, l'étendue des droits et obligations transférés, ainsi que les modalités financières du transfert.

L'article L. 2123-3 du Code général de la propriété des personnes publiques précise que l'acte qui constate le transfert de gestion « peut » déterminer la durée pendant laquelle la gestion de l'immeuble est transférée. Il faut donc en toute logique en déduire que la détermination d'une telle durée est facultative, et que le transfert de gestion peut être décidé pour une durée indéterminée.

Ce n'est toutefois pas dire que le transfert ne peut pas prendre fin de manière anticipée. En premier lieu, les parties sont libres de convenir des modalités de résiliation ou de terme anticipé du transfert de gestion. En second lieu, et surtout, les textes posent pour principe que le transfert de gestion ne peut perdurer que tant que le bien continue de relever du domaine public de la personne bénéficiaire, et « est utilisé conformément à l'affectation »<sup>[18]</sup> qui a motivé le transfert. Ainsi, il prend nécessairement fin si le bien n'est plus affecté à l'utilité publique convenue initialement, et dans un tel cas, il fait alors retour gratuitement à la personne publique propriétaire<sup>[19]</sup>. Enfin, sauf lorsque le transfert ne découle pas d'un arrêté de cessibilité pris au bénéficiaire d'un acte déclaratif d'utilité publique, l'article L. 2123-3 du Code général de la propriété des personnes publiques réserve au propriétaire la possibilité de modifier

[8] CGCT, art. L. 1321-2.

[9] CG3P, art. L. 1.

[10] CG3P, art. L. 2111-1.

[11] TA Bordeaux 19 octobre 2022, req. n° 2205285.

[12] Réponse ministérielle n° 13682, *JO Sénat* 5 mars 2020, p. 1139.

[13] CG3P, art. R. 2123-9 et R. 2123-10.

[14] Concl. G. Pelissier, CE 22 septembre 2017, req. n° 400727, p. 4.

[15] CG3P, art. R. 2123-9.

[16] CG3P, art. R. 2123-11.

[17] CG3P, art. R. 2123-9.

[18] CG3P, art. L. 2123-3.

[19] CG3P, art. L. 2123-3.

unilatéralement l'affectation de l'immeuble transféré, mettant alors fin au transfert de gestion.

Le transfert de gestion apparaît également comme un outil très souple s'agissant de l'étendue des droits et obligations transférés à la personne publique bénéficiaire. Il est loisible aux parties de convenir que l'ensemble des droits et obligations attachés à la gestion et à l'utilisation du bien seront transférés au bénéficiaire, tout comme elles peuvent réduire le champ de ces droits et obligations par voie conventionnelle. En contrepartie, le bénéficiaire assure généralement les prestations et dépenses d'entretien et de fonctionnement du bien. En tout état de cause, le propriétaire conserve – fort logiquement – toutes les prérogatives attachées au droit d'aliénation du bien.

Le transfert de gestion est enfin empreint d'une certaine souplesse s'agissant du volet financier, et ce précisément parce qu'il ne s'agit pas ici d'une occupation privative du domaine public<sup>[20]</sup>.

Les textes indiquent que le transfert de gestion donne lieu à une indemnisation du propriétaire « à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter pour la personne dessaisie »<sup>[21]</sup>. À l'inverse, si le propriétaire devait mettre fin au transfert de gestion et que le bénéficiaire n'avait pas encore pu absorber la charge des investissements qu'il avait réalisés dans le cadre du transfert et pour les besoins de la (nouvelle)

affectation à l'utilité publique, il est convenu que le propriétaire verse alors au bénéficiaire « une indemnité égale, sous déduction de l'amortissement effectué et, le cas échéant, des frais de remise en état acquittés par le propriétaire, au montant des dépenses exposées pour les équipements et installations réalisés conformément à l'affectation » ayant justifié le transfert<sup>[22]</sup>. Il est en effet logique, pour reprendre l'exemple précédent, que si le département souhaite « reprendre » unilatéralement la pleine gestion du complexe sportif géré par une commune dans le cadre d'un transfert de gestion, et dans lequel cette dernière aura peut-être réalisé de lourds investissements pour permettre une affectation à l'utilité publique, il devra en conséquence indemniser la commune.

Cette disposition ne vaut toutefois que « sauf conventions contraires », ce qui illustre à nouveau la liberté contractuelle dont disposent les parties pour adapter les modalités financières du transfert de gestion. Et certaines situations commandent plus particulièrement aux parties de se saisir de cette faculté, par exemple s'il est prévu que le bénéficiaire du transfert réalise des investissements ou autres améliorations sur la dépendance.

En somme, le transfert de gestion se présente indubitablement comme un dispositif bien plus adapté que les titres « classiques » d'occupation privative, dès lors que la personne publique qui occupe la dépendance est celle qui crée ou qui maintient l'affectation à l'utilité publique.

[20] CAA Nancy 28 mars 2013, req. n° 12NC01362.

[21] CG3P, art. L. 2123-6.

[22] CG3P, art. L. 2123-3.