

Droits et Débats

**La valorisation économique
des propriétés
des personnes publiques**

**Un colloque organisé par le Conseil d'État le 6 juillet 2011
à l'École nationale d'administration (Paris)**

Dernières publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Rapports publics du Conseil d'État dans la Collection « Études et documents du Conseil d'État » (nouvelle collection « Les rapports du Conseil d'État »)

- Les autorités administratives indépendantes (EDCE n° 52), 2001.
- Collectivités publiques et concurrence (EDCE n° 53), 2002.
- Perspectives pour la fonction publique (EDCE n° 54), 2003.
- Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004.
- Responsabilité et socialisation du risque (EDCE n° 56), 2005.
- Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.
- L'administration française et l'Union européenne :
Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.
- Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.
- Droit au logement, droit du logement (EDCE n° 60), 2009.
- L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement (EDCE n° 62), 2011.
- *A paraître*: étude annuelle 2012 - Les agences : une nouvelle gestion publique?
-

Collection « Les études du Conseil d'État »

- La norme internationale en droit français, 2000.
- L'influence internationale du droit français, 2001.
- La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001.
- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.
- Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
- L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.
- Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.
- Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.
- Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.
- Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national, 2007.
- Le droit de préemption, 2008.
- L'implantation des organisations internationales sur le territoire français, 2008.
- Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
- La révision des lois bioéthiques, 2009.
- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.
-

Collection « Droits et Débats »

- Le droit européen des droits de l'homme, 2011.
- Les développements de la médiation, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, 2012.



Sommaire

Acronymes	5
Préface	7
Programme du colloque	11
Ouverture du colloque.....	13
Première table ronde :	
La valorisation, par les personnes publiques, de leur domaine...23	
<i>Présentation des intervenants</i>	<i>24</i>
<i>Actes</i>	<i>27</i>
<i>Premier thème : Qu'est-ce que valoriser ?</i>	<i>29</i>
<i>Témoignages et échanges avec les participants</i>	<i>50</i>
<i>Second thème : Le régime de la valorisation</i> <i>et la question des droits réels</i>	<i>54</i>
<i>Témoignages.....</i>	<i>60</i>
De la valorisation à la cession du domaine public :	
Le point de vue du président de la section du contentieux.....63	
Seconde table ronde :	
La cession des propriétés des personnes publiques	69
<i>Présentation des intervenants</i>	<i>70</i>
<i>Actes</i>	<i>72</i>
<i>Premier thème : Les principes généraux de la cession</i> <i>des propriétés publiques.....</i>	<i>75</i>
<i>Témoignages.....</i>	<i>82</i>
<i>Deuxième thème : Les collectivités publiques,</i> <i>opérateurs de cessions immobilières.....</i>	<i>83</i>
<i>Echanges avec les participants</i>	<i>91</i>
<i>Troisième thème : Quelles propositions pour améliorer le droit</i> <i>des cessions de propriétés publiques ?</i>	<i>93</i>
Conclusion à deux voix	97



ANNEXES	113
Index des principaux textes et jurisprudences cités dans les débats.....	113
Annexe 1 – Textes cités dans les débats (<i>extraits</i>).....	116
Annexe 2 – Jurisprudences citées dans les débats (<i>extraits</i>)	123



Acronymes

AFNIC	Association française pour le nommage internet en coopération
AFPA	Association pour la formation professionnelle des adultes
AJDA	Actualité juridique « droit administratif »
AOT	Autorisation d'occupation temporaire
BEA	Bail emphytéotique administratif
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPPP	Code général des propriétés des personnes publiques
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
ENA	École nationale d'administration
EPF	Établissement public foncier
LOPSI	Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure
MRAI	Mission pour la réalisation des actifs immobiliers
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RFF	Réseau ferré de France
RGPP	Révision générale des politiques publiques
SEM	Société d'économie mixte
SPLA	Société publique locale d'aménagement
SPSI	Schéma professionnel de stratégie immobilière
ZAC	Zone d'aménagement concerté





Les pages ici proposées au lecteur rassemblent les actes d'une journée de colloque qui s'est tenue le 6 juillet 2011, dans les locaux parisiens de l'École nationale d'administration (ENA), sous l'intitulé « *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques* ». Cette journée a été axée sur la dimension matérielle de ces propriétés, réservant la question toute spéciale du « patrimoine immatériel des personnes publiques » à une journée d'étude qui lui aura été exclusivement consacrée le 16 mars 2012 et qui donnera elle-même lieu à une publication. Sous cet angle matériel, essentiellement immobilier d'ailleurs, de la valorisation des propriétés publiques, les esprits chagrins pourraient s'exclamer « Encore un colloque sur le domaine » !

En effet, cinq ans après l'édiction du code général de la propriété des personnes publiques par l'ordonnance du 21 avril 2006, vingt-cinq ans après l'étude pionnière du groupe de travail présidée par Marie-Aimée Latournerie sur « l'orientation du droit des propriétés publiques », faut-il encore s'interroger ? Assurément il le faut, parce que la valorisation des propriétés publiques fait débat, toujours débat.

Elle est un problème de droit public éminent à un double titre de principe et de conjoncture.

Une raison de principe en premier lieu car si posséder un bien, c'est posséder une valeur, c'est plus encore lorsque l'on est personne morale de droit public. C'est alors en effet avoir entre ses mains une forme actuelle et virtuelle des deniers publics, et donc du crédit que les citoyens portent à leurs administrateurs et à leur gestion. Pour le dire autrement, il y a dans la question de la valorisation économique des propriétés publiques un enjeu républicain réel au sens qu'attachent à ce mot, et le droit des biens, et la conscience publique. Ici pourrait ainsi résider la raison de principe justifiant ces Entretiens du Conseil d'État en droit public économique.

Une raison de conjoncture, en second lieu, explique l'intérêt maintenu pour la « valorisation de la propriété publique ». Quoique le temps semble peu à peu inscrire l'ordre actuel des choses dans la durée, cette conjoncture est celle d'une économie de crise et de concurrence. Elle invite les administrations à porter une attention toujours plus aiguë aux éléments de valeur qui composent leurs domaines publics et privés.

Comme l'exprime le discours d'ouverture de Jean-Marc Sauvé, les administrations ont besoin de connaître ce qu'elles possèdent, d'en envisager la valeur, d'en extraire de la valeur. A cette fin dernière, deux grandes options de valorisation sont possibles, qu'il a paru souhaitable de voir traitées distinctement : l'exploitation des propriétés publiques ou la cession des propriétés publiques.



L'exploitation, par opposition à la cession, pourrait se présenter comme le mode général de la valorisation économique des propriétés publiques. Il s'agit de puiser d'un bien le plus d'utilités, des utilités de toutes sortes dans l'intérêt général. Mais quelle forme prend l'intérêt général qui s'attache à la valorisation ? La problématique de la valorisation économique comme activité publique se présente encore dans sa prime jeunesse. Elle est en cours de systématisation, elle n'a pas encore véritablement de théorie, elle se construit pas à pas en fonction des supports, plus ou moins larges, qu'offrent actuellement les lois et règlements aux initiatives du propriétaire.

Il fallait donc saisir l'occasion de l'exploitation pour en dire plus sur la valorisation et le premier mérite de cette journée sera d'avoir, en toute simplicité, posé la question préalable de ce qu'est la valorisation. En réponse, les considérations qui président aux choix des praticiens comme aux interprétations des légistes montrent qu'est en train de se construire une idée de la valorisation des propriétés publiques qui, dans ces temps où l'économie lui consacre une attention particulière, ne peut qu'alimenter le débat sur la manière de comprendre et de réaliser la valorisation de la généralité des biens.

Il n'en demeure pas moins que le régime d'exploitation des propriétés publiques est un régime spécial, entièrement inspiré par les buts d'intérêt général que la loi assigne à ceux qui en ont la charge. L'intervention de Bernard Stirn l'a montré en toute clarté, soulignant le caractère central du principe de continuité du service public dans la jurisprudence domaniale du Conseil d'État. Ceci est tout particulièrement vrai pour le domaine public, auquel l'alternative de l'exploitation ou de la cession est malaisément applicable, le domaine public étant, sauf une intervention du législateur, inaliénable (et imprescriptible). Or, le régime d'exploitation du domaine public a dû, en quelque sorte, s'adapter à « marche forcée » durant les vingt dernières années pour répondre, de manière adaptée et pressante, aux nouveaux modes de production de la richesse. L'incontestable succès des baux emphytéotiques administratifs et, peut-être dans une moindre mesure selon les appréciations, des autorisations d'occupations constitutives de droits réels sur le domaine public, a connu cependant sa rançon.

A l'exception tout à fait notable de la servitude conventionnelle, pourtant dernière arrivée dans le droit domanial, les droits réels sur les dépendances du domaine public ou sur les ouvrages occupant ces dépendances, relèvent dans le code général de la propriété des personnes publiques, des « règles particulières à certaines occupations ». Ces droits réels, en effet, sont encore malgré leur multiplication, des régimes *ad hoc*, que génère le législateur pour répondre, au cas par cas, aux problèmes propres à tel type d'immeuble, à tel type de propriétaire... Quel que soit le confort ou l'inconfort ressenti par les acteurs de l'immobilier public face à leur foisonnement, ceux-ci sont unanimes à souhaiter une rationalisation de la matière. Cela ne pourra que contribuer à mieux cerner les actes domaniaux dans la typologie générale des décisions publiques et, par là même, à mieux les distinguer d'autres formules de partenariats public-privé, qui s'en rapprochent sans s'y confondre, notamment les concessions et les marchés.



Valoriser, c'est savoir exploiter, mais c'est aussi, le cas échéant, savoir céder. C'est le second aspect de la valorisation. Par le gain qu'elle permet de réaliser, la cession des propriétés publiques est source de liquidités, alimente les budgets publics, mais la cession peut également trouver sa cause dans le souci d'éviter une dépense, de réaliser des économies. Elle peut s'imposer à l'administration, non parce qu'elle cherche une ressource financière immédiate, mais parce qu'il lui coûte de posséder si cette possession n'est pas, d'une manière ou d'une autre, mise au service du public. La cession comme valorisation s'inscrit ainsi plus largement dans l'idée de la bonne gestion patrimoniale publique. Ainsi justifiée comme mode de valorisation économique des propriétés publiques, la place à part accordée à la cession des propriétés publiques permet une discussion doublement enrichissante.

D'un point de vue doctrinal d'abord, la place réservée en propre à la cession des propriétés publiques a rendu possible, par-delà la traditionnelle distinction des domaines public et privé, un examen d'ensemble des principes qui régissent l'entier processus de cette opération : de la sortie des biens du domaine public inaliénable et imprescriptible, à l'aliénation proprement dite de la propriété publique, insaisissable et incessible à vil prix. Cette dernière formule fut d'ailleurs à juste titre discutée : il s'agirait moins en effet d'interdire la cession à vil prix que d'imposer la cession au juste prix, selon une logique voisine de celle exigeant que la redevance domaniale tienne compte de tous les avantages que procure le titre auquel elle se rapporte.

Un tel examen d'ensemble des principes de la cession a mis en relief, comme pour l'exploitation, la domination de la gestion publique des biens par l'intérêt général, en même temps que ce primat de l'intérêt général explique la souplesse qu'il faut donner à l'interprétation de ces principes. Domaine public inaliénable et pourtant susceptible, dans l'intérêt général, de changements forcés d'affectation (les mutations domaniales) qui ne sont pas autre chose qu'une expropriation de droits réels. Domaine public encore inaliénable et pourtant susceptible de voir jusqu'à sa propriété transférée à titre gratuit, dès lors qu'un tel transfert ne méconnaît pas les exigences qui s'attachent au maintien de son affectation à l'utilité publique. Propriété publique insaisissable, mais susceptible d'être vendue par l'État, exerçant son pouvoir de substitution sur une collectivité débitrice et récalcitrante, dès lors qu'il s'agit de donner plein effet à une décision de justice et que cette cession épargne les moyens nécessaires aux services publics de cette collectivité. Propriété publique incessible à un « prix inférieur à la valeur réelle de ce patrimoine », mais qu'il est possible d'aliéner à l'euro symbolique, dans l'intérêt général...

C'est autour de cette dernière idée de la « valeur réelle » de la propriété publique à céder que se situe la seconde source d'enrichissement du débat sur la cession.

En dernière analyse, effectivement, ce qui soulève le plus de difficulté dans l'opération de valorisation que constitue la cession, réside dans la détermination de la valeur du bien. Il faut, pour atteindre la meilleure valeur, définir en amont des politiques générales de gestion mettant les propriétaires à même de maîtriser



l'entier processus de la cession, faute de quoi les recettes attendues leur échappent en tout ou partie. Les biens doivent, en d'autres termes, être mis sur le marché sous une forme et dans des conditions qui permettent aux collectivités publiques de réaliser de bonnes opérations de cession, quitte à fournir un effort financier préalable. Or, l'accès au marché des cessions immobilières ne bénéficie pas à toutes les collectivités publiques dans les mêmes conditions, selon les caractères du bien, son propriétaire ou l'objet de l'opération. Ceci apparaît notamment dans les cessions de biens de l'État aux collectivités territoriales. Pourtant, même réalisée entre deux personnes publiques, une cession à mauvaise valeur reste une mauvaise affaire. Lorsqu'une personne publique cède un bien à une autre personne publique, à un prix en dessous de sa valeur, sans contreparties le justifiant, c'est en dernier ressort le patrimoine commun de la collectivité qui pâtit de ce manque à gagner.

Donner aux propriétés publiques leur pleine valeur, faire d'elles l'usage que commande l'intérêt général de leur bonne gestion, tel était donc le fil conducteur de cette journée.

Il faut, pour conclure, souligner que le sujet s'est admirablement prêté à la forme que lui confèrent les Entretiens, forum dont la réussite doit tant à la compétence, à la liberté de ton et à la diversité des points de vue de ses membres, au pupitre comme dans la salle.

Ces actes, nous n'en doutons pas, plongeront le lecteur au cœur de questions parmi les plus concrètes du droit la gestion publique, dans un équilibre subtil entre la raison inventive du maître du domaine et celle impérative du droit du domaine. Mais aujourd'hui, fera-t-on remarquer, on ne dit plus domaine mais propriété des personnes publiques... Au lecteur à son tour de s'en faire une idée.

Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études¹

¹ Avec le concours de Guillaume du Puy-Montbrun, chargé de mission à la section du rapport et des études, maître de conférences à Sciences-Po.



Programme du colloque

9h30 – Ouverture du colloque

- **Jean-Marc Sauvé,** vice-président du Conseil d’état

10h00 – Table ronde né 1 : La valorisation, par les personnes publiques, de leur domaine

Modérateur

- **Michel Pinault,** président de la section de l’administration

Intervenants

- **Christine Maug ,** présidente de la 6 me sous-section de la section du contentieux
- **Michèle Raunet,** notaire, étude notariale Cheuvreux & Associés
- **Hervé Barbaret,** administrateur général du Louvre
- **Sophie Boissard,** directrice générale de Gares & Connexions, membre du comité exécutif de la SNCF
- **Pierre-Éric Spitz,** directeur des affaires juridiques de la ville de Paris

14h00 – De la valorisation à la cession du domaine public

- **Bernard Stirn,** président de la section du contentieux du Conseil d’état

14h15 – Table ronde né 2 : La cession des propriétés des personnes publiques

Modérateur

- **Olivier Schrameck,** président de la section du rapport et des études

Intervenants

- **Daniel Dubost,** chef du service France Domaine
- **Bruno Cheuvreux,** notaire, étude notariale Cheuvreux & Associés
- **Éric Lucas,** contrôleur général des armées
- **Philippe Pelletier,** avocat, cabinet Lefèvre Pelletier
- **Philippe Terneyre,** professeur de droit public à l’université de Pau et des pays de l’Adour

16h30 – Dialogue conclusif croisé

- **Yves Gaudemet,** professeur à l’université de Paris II
- **Roland Peylet,** président adjoint de la section des travaux publics





Ouverture du colloque

Par Jean-Marc Sauvé²

Vice-président du Conseil d'État

C'est pour moi un réel plaisir d'ouvrir aujourd'hui une nouvelle rencontre des Entretiens du Conseil d'État en droit public économique. Depuis maintenant quatre années, ces Entretiens permettent de faire connaître les travaux du Conseil d'État et de répondre aux interrogations qu'ils peuvent susciter, mais également, et je dirais même avant tout, de nouer des relations suivies avec l'ensemble des praticiens du droit. La justice, j'en suis convaincu, se doit de saisir toutes les opportunités pouvant concourir à l'amélioration de sa qualité et de son accessibilité. Pour bien juger, comme pour bien conseiller, il faut être en prise avec les réalités et maîtriser les enjeux économiques et sociaux qui façonnent les questions de droit. En d'autres termes, le juge ne saurait se placer hors du siècle, ni paraître ignorer sa part de responsabilité dans les évolutions de la société. Je me réjouis donc de votre présence et vous remercie d'avoir répondu à l'invitation du Conseil d'État à ces Entretiens consacrés à la valorisation économique des propriétés des personnes publiques.

Les personnes publiques ont progressivement pris conscience de la valeur économique de leurs biens. Elles se sont tout d'abord appliquées à mieux connaître la consistance de leur patrimoine, comme si, ainsi que l'évoquait Mérimée lorsqu'il était inspecteur général des monuments historiques, la France avait longtemps été « trop riche pour savoir tout ce qu'elle possède »³. Cette démarche, qui relève du bon sens mais avait été négligée, est maintenant bien engagée, même si elle est encore incomplète, comme la Cour des comptes l'a récemment souligné⁴.

La nécessité de valoriser les propriétés des personnes publiques s'est aussi imposée depuis deux à trois décennies, parce que ces biens doivent générer des ressources financières, qu'ils ont des besoins propres de rénovation, de reconstruction et de financement ou qu'ils peuvent servir de support à des activités économiques. Elle s'est renforcée avec la logique de performance qui est au cœur de la loi organique relative aux lois de finances et de la révision générale des politiques publiques. La recherche de la rentabilité est devenue pour les collectivités publiques un besoin autant qu'une contrainte, mais elle suscite plusieurs interrogations : quels biens valoriser ? Comment les valoriser et jusqu'où ? A cet égard, la question des

2 Texte écrit en collaboration avec M. Olivier Fuchs, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel.

3 Discours prononcé en 1854 à la Société des antiquaires de Normandie, cité par A. Fermigier, « Mérimée et l'inspection des monuments historiques », *Les lieux de mémoire*, tome 1, p. 1608.

4 Cour des comptes, *Certification des comptes de l'État, Exercice 2010*, disponible sur http://www.ccomptes.fr/fr/CC/documents/RCE/Rapport_certification_comptes_État_exercice_2010.pdf, pp. 65 et sq.



limites de la valorisation avait déjà été formulée en son temps par Victor Hugo : le poète dénonça les « vautours » ayant démoli le château de L'Arbresle, vendu à un propriétaire peu scrupuleux, qui n'en avait conservé qu'une tour louée à la commune pour servir de prison⁵. Valoriser économiquement les biens publics ne doit pas conduire à sacrifier d'autres exigences d'intérêt général, telles que la préservation de leur intégrité ou de leur valeur patrimoniale ou encore leur affectation à un service public. Dans une histoire inachevée, la valorisation des propriétés publiques a, ces dernières années, connu des innovations majeures et des développements fulgurants, mais elle demeure lestée par quelques principes cardinaux, historiques mais toujours actifs, ou nouveaux.

Si la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens s'est accompagnée d'une multiplication des instruments de valorisation de ceux-ci (I), il demeure essentiel d'assurer la conciliation de cet objectif avec les autres composantes fondamentales de l'intérêt général (II).

I. La reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens s'est accompagnée d'une multiplication des instruments de valorisation de ceux-ci.

A. La consécration de la propriété publique comme notion fondatrice du droit administratif des biens a confirmé, dans le cadre général de la rationalisation de l'action publique, la prégnance de l'objectif de valorisation économique du patrimoine des personnes publiques, en même temps qu'elle amplifiait la dynamique amorcée antérieurement.

1. Le trait le plus marquant des évolutions récentes est en effet sans aucun doute l'affirmation de la propriété pleine et entière des personnes publiques sur leurs biens.

La reconnaissance d'une propriété des personnes publiques sur leur domaine public avait longtemps fait l'objet de réserves, d'une partie de la doctrine notamment - l'on peut penser en particulier à Proudhon -⁶. Mais la jurisprudence administrative n'avait jamais exclu cette propriété⁷ que le Conseil Constitutionnel avait explicitement consacrée par sa décision du 26 juin 1986, en jugeant que la protection constitutionnelle du droit de propriété valait aussi pour la propriété de « l'État et des autres personnes publiques »⁸. La même année, un rapport du Conseil d'État⁹ insistait sur la nécessité de moderniser les règles applicables à la propriété des personnes publiques et dressait un constat sévère : le droit domanial, caractérisé par un empilement de textes successifs, un mille-feuille procédural ainsi que des modes de gestion des biens disparates, était devenu trop rigide, trop complexe et peu efficace.

⁵ V. Hugo, *Le château de L'Arbresle*, poème composé en 1825 : « Va cueillir, villageoise / La fraise et la framboise (...) A huit milles d'Amboise / A deux milles de Tours / C'est là que sont les tours / Les tours et les tourelles / Du château de L'Arbresle / Bien connu des vautours ».

⁶ Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens* (t. 2), LGDJ, 13e éd., 2008, p. 5 et s.

⁷ Voir par exemple CE, 17 janvier 1923, *Piccioli*, Rec. p. 44.

⁸ Décision n°86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*.

⁹ Conseil d'État, *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, rapport adopté par la section du rapport et des études en juin 1986.



Il importait dès lors de redonner à ce droit une cohérence, afin qu'il soit animé par une vision d'ensemble et structuré selon des principes clairs. Cet objectif a été atteint avec l'adoption, en 2006, du code général de la propriété des personnes publiques¹⁰. La structure de ce texte traduit son objet : à l'approche classique fondée sur la distinction entre le domaine public et le domaine privé, les auteurs de ce code, parmi lesquels la présidente Christine Maugüé, qui nous fait le plaisir de participer aux débats de ce matin, ont substitué une approche fondée sur la propriété¹¹. Or, si la notion de domaine public renvoie fondamentalement à l'idée de protection, la propriété suggère pour sa part la valorisation.

Le choix a également été fait de définir plus restrictivement le domaine public. Quelques évolutions ont été à cet égard particulièrement marquantes. A « l'aménagement spécial », critère régulièrement critiqué du fait de son caractère insuffisamment réducteur, le code a substitué le critère de « l'aménagement indispensable »¹². Il a également donné une définition plus stricte de « l'accessoire indissociable »¹³, illustrant là encore la nette volonté dont il a procédé, de limiter le caractère attractif de la domanialité publique. L'exclusion expresse de certains biens du domaine public, notamment les immeubles à usage de bureaux ainsi que les bois et les forêts relevant du régime forestier, confirme cette tendance¹⁴.

2. La voie ouverte par le nouveau code à une meilleure valorisation économique des propriétés des personnes publiques a correspondu à une réorganisation des structures administratives et à un effort de rationalisation de l'action publique, en particulier sous l'effet de la révision générale des politiques publiques (RGPP).

Celle-ci se traduit par de nouvelles politiques de valorisation des propriétés publiques. En témoigne la création de France Domaine, opérateur unique représentant l'État-proprétaire. En témoigne également l'ambitieuse politique de cession de biens immobiliers par l'État, dont le bilan est généralement présenté comme positif sur le plan financier. Sans doute peut-on néanmoins s'interroger, à l'instar d'une partie de la doctrine¹⁵, sur les limites de cette politique et sur les conditions à remplir pour que la cession du patrimoine constitue la meilleure option, notamment à long terme, en termes de valorisation des biens des personnes publiques. A l'évidence, des erreurs parfois spectaculaires ont déjà été commises. M. Dubost, chef du service France Domaine, pourra sans aucun doute nous faire part de son analyse sur ce sujet et répondre à de légitimes questionnements.

10 Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, *J.O.R.F.* du 22 avril 2006.

11 Voir notamment C. Maugüé, G. Bachelier, « *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques* », *AJDA*, 2006, p. 1073 et s.

12 Article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

13 Article L. 2111-2 du code général de la propriété des personnes publiques.

14 Articles L. 2211-1 et L. 2212-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Le législateur s'inscrit, en ce qui concerne les forêts, dans la lignée de la position adoptée par le Conseil d'État dans sa décision *ONF c/ Abamonte* (28 novembre 1975, Rec. p. 602).

15 Le professeur Yolka (« Un État sans domaine ? », *AJDA*, 2003, p. 1017) s'interroge ainsi : « *Jusqu'où ira la rétraction des patrimoines publics ? (...) cette perte de la maîtrise domaniale aura un coût. Coût financier, parce que la méthode - céder pour relouer - emprunte au sapeur Camember : on ne vend qu'une fois, et c'est pour longtemps ; d'où l'appauvrissement des administrations, des loyers en plus et des recettes d'exploitation en moins. C'est sacrifier le long terme au temps court (...) Coût symbolique, aussi : l'assise du service public risque d'être ébranlée (...). Il n'est jamais bon que le Roi soit nu* ».



Sans anticiper sur le futur colloque qui sera consacré en fin d'année à la valorisation du patrimoine immatériel, les évolutions législatives et réglementaires récentes en matière de données publiques montrent également le passage progressif d'une vision budgétaire et financière, reposant sur la création de nouvelles recettes liées à la communication de ces données, à une politique plus dynamique de diffusion gratuite et de valorisation des données par les acteurs économiques. Le but poursuivi est de favoriser l'innovation et le développement économiques grâce à la réutilisation libre et gratuite d'importants gisements de données¹⁶. Cette approche en termes d'*open data* illustre l'idée selon laquelle la valorisation économique des biens publics ne saurait être exclusivement financière.

B. Le code général de la propriété des personnes publiques, conjugué avec d'autres textes, permet aussi de multiplier les possibilités offertes aux personnes publiques de valoriser leurs biens, que ceux-ci relèvent du domaine public ou du domaine privé.

1. S'agissant du domaine public, la reconnaissance à l'occupant domanial de droits réels, droits qui sont « le langage du droit de propriété » selon la juste expression du professeur Gaudemet¹⁷ - a été une étape déterminante. Ces droits permettent la valorisation d'un bien par le biais d'outils juridiques découlant de la notion de propriété, tels que le crédit-bail. De nombreux textes ont reconnu de tels droits depuis une vingtaine d'années, au premier rang desquels la loi du 5 janvier 1988, autorisant les collectivités territoriales à consentir sur leur domaine public des baux emphytéotiques administratifs (BEA) et la loi du 25 juillet 1994, posant le principe d'un droit réel du titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire sur le domaine public artificiel de l'État¹⁸. En dehors de contrats classiques tels que les contrats de mobilier urbain, les instruments se sont depuis lors multipliés : BEA ouverts aux établissements publics de santé depuis l'ordonnance du 4 septembre 2003 ou BEA dits « de valorisation », créés par la loi du 23 juillet 2010, qui permettent la restauration, la réparation ou la mise en valeur d'un bien immobilier appartenant à l'État ou aux chambres consulaires. L'on peut également penser aux partenariats public-privé, la loi du 28 juillet 2008¹⁹ ayant explicitement reconnu la possibilité, pour les cocontractants de l'administration dans le cadre de tels contrats, d'exploiter « *le domaine, les ouvrages, les équipements ou les biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice* »²⁰.

L'articulation de ces multiples textes peut toutefois s'avérer délicate et la juridiction administrative s'est efforcée de donner une plus grande cohérence aux différents

16 Voir notamment l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, le décret n° 2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques et la circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'État « data.gouv.fr » par la mission « Etalab ».

17 Y. Gaudemet, « *La circulation des propriétés publiques* », JCP N, 2006, étude n°1343.

18 Loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation et loi n°94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

19 Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

20 Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, dans sa rédaction issue de la loi du 23 juillet 2008 précitée, article 11.



instruments adoptés, dans sa mission contentieuse²¹ comme dans sa fonction consultative. L'avis rendu par le Conseil d'État en 2009 sur les partenariats publics-privés dits « institutionnalisés »²² en témoigne : il met en évidence l'inadéquation de ces instruments au regard de la structure actuelle du droit des contrats publics.

Sans doute serait-il nécessaire de poursuivre ces efforts de clarification et d'unifier autour de grands principes ces régimes juridiques qui, pour l'instant, restent disparates. Ainsi, les conditions pour recourir au crédit-bail sont différentes selon les instruments, de même que, par exemple, les modalités de la transmission des droits réels. Sur ces points, les échanges que vous aurez aujourd'hui permettront d'approfondir utilement les réflexions en cours.

2. De manière générale, la valorisation des biens privés des personnes publiques est soumise à moins de contraintes que celle du domaine public. L'aliénation des biens de l'État est ainsi possible, depuis le décret du 4 novembre 2004, non seulement par adjudication, mais aussi par cession amiable avec mise en concurrence²³. Cette dynamique de valorisation ne peut cependant s'affranchir du respect de certaines règles. Le principe d'incessibilité à vil prix notamment, qui rejoint la prohibition plus générale des libéralités pour les personnes publiques, permet de garantir que le patrimoine des collectivités n'est pas bradé.

3. Le code général de la propriété des personnes publiques favorise en outre une circulation volontaire des biens entre personnes publiques, voire avec certaines personnes privées. Sont ainsi clarifiés les mécanismes de convention de gestion sans changement d'affectation et de transfert de gestion avec changement d'affectation²⁴. Cette fluidité dans la gestion des biens publics contribue pleinement à une meilleure valorisation de ceux-ci.

Les propriétés publiques et, de manière éminente, le domaine public ont été et restent, par la voie historique du règlement ou de la permission de voirie et la voie nouvelle des instruments juridiques créés ces dernières décennies, le siège ou le support de nombreuses missions de service public²⁵. Elles peuvent aussi servir d'assiette à des opérations d'intérêt général ou des activités économiques concourant à un intérêt public, sans pour autant présenter le caractère de services publics. Elles peuvent aussi tout simplement être valorisées économiquement et financièrement. Elles sont, autrement dit, « *l'assiette d'un nombre toujours croissant de services d'intérêt général, et [...] un bien dont l'administration doit assurer, dans*

21 Dans un important avis du 31 janvier 1995, le Conseil d'État a par exemple confirmé que le droit réel conféré à l'occupant domanial peut être utilisé pour la réalisation d'un ouvrage qui sera mis, par voie de bail, à la disposition du service de l'État. L'État peut en outre assortir ce droit réel de la description des éléments du programme correspondant à l'utilisation qu'il veut faire de l'immeuble. D'autres décisions permettent de clarifier les distinctions entre les divers instruments de valorisation, tel l'arrêt *Société J.-C. Decaux* (CE, 4 novembre 2005, n° 247299, Rec. p. 476 avec les conclusions de D. Casas).

22 Section de l'administration, avis n°383264 du 1^{er} décembre 2009, in Conseil d'État, Rapport public 2010, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, p. 353.

23 Décret n° 2004-1175 du 4 novembre 2004 relatif aux modalités d'aliénation du domaine privé immobilier de l'État et portant modification du code du domaine de l'État.

24 Voir notamment les articles L. 2123-2 et L. 2123-3 du code général de la propriété des personnes publiques.

25 CE sect., 29 janvier 1932, *Société des Autobus antibois*, Rec. p. 117 ; 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* Rec. p. 129.



l'intérêt collectif, la meilleure exploitation », selon les termes du commissaire du gouvernement Chenot, dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* du 5 mai 1944²⁶. Le profit ne doit cependant pas devenir « l'épée de chevet » des personnes publiques qui, ici comme ailleurs, doivent se garder de la cupidité qui ronge l'Avare de Molière et ne sauraient tout mesurer à cette seule aune.

II. L'objectif de valorisation économique doit être concilié avec les autres composantes fondamentales de l'intérêt général

Cette conciliation met en balance l'objectif de valorisation économique, non seulement avec la protection des propriétés publiques nécessaire à l'action administrative, mais également avec la protection tout aussi nécessaire des opérateurs économiques.

A. Pour répondre aux besoins de l'action administrative, il est tout d'abord nécessaire de concilier l'impératif de valorisation économique, la protection des propriétés publiques et les autres règles et principes généraux du droit public.

1. En ce qui concerne les principes protecteurs de la propriété publique, l'application jurisprudentielle du principe d'incessibilité à vil prix illustre la nécessaire conciliation d'intérêts publics différents ou contradictoires. Dans les arrêts *Commune de Fougerolles* et *Commune de Mer*²⁷, le Conseil d'État a ainsi adopté une démarche constructive : ce principe peut être écarté, lorsque la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général et comporte des contreparties suffisantes. Dans la seconde affaire, il ne s'agissait pas, comme cela se produit fréquemment, d'une contrepartie en termes de création d'emplois, mais d'aide à l'intégration d'une population d'origine étrangère par la création d'activités culturelles, éducatives et sportives. Le Conseil d'État a fait preuve sur ce point d'une réelle créativité.

D'autres principes sont plus discutés. Je pense par exemple au principe d'inaliénabilité, ainsi qu'à son corollaire, le principe d'imprescriptibilité, consacrés par l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques²⁸. Les conséquences de ces principes sont multiples : interdiction des aliénations, des actions possessoires des particuliers, de la copropriété ou encore des baux commerciaux. Ils n'ont toutefois pas empêché l'octroi aux occupants de droits réels sur le domaine public, ni la constitution de servitudes pour certains riverains du domaine. Faut-il aller plus loin et redéfinir ces principes, voire les supprimer, comme cela est parfois proposé ? Cette question mérite d'être débattue. Le principe d'insaisissabilité trouve également place dans le nouveau code²⁹. Sa formulation actuelle est source d'interrogations. Un tel avantage, accordé aux établissements publics industriels et commerciaux, ne doit-il pas être assimilé à une aide d'État incompatible avec le libre jeu de la concurrence ? Ce principe n'est-il pas en outre susceptible de faire obstacle à l'exécution d'une décision de justice et, par voie de

²⁶ Conclusions Chenot sur CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, précité, RDP 1944, pp. 241 et sq.

²⁷ CE, 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, Rec. p. 391 ; CE, 25 novembre 2009, *Commune de Mer c/ Pépin et Raoul*, n°310208, Rec. p. 472.

²⁸ Article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques : « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles* ».

²⁹ Article L. 2311-1 du code général de la propriété des personnes publiques.



conséquence, de contrevenir à l'une des exigences du droit à un procès équitable, ainsi que le suggère l'affaire du port de Campoloro³⁰? De cette jurisprudence, il résulte que l'exigence d'exécution des décisions de justice pourrait se heurter à l'impératif de bon fonctionnement des services publics dont la collectivité condamnée a la charge.

On le voit, les principes du droit public protègent le domaine et la propriété publics et garantissent une meilleure conciliation des différentes composantes de l'intérêt général, sous le contrôle du juge. Mais ils suscitent aussi de légitimes interrogations, voire des critiques virulentes, auxquelles les travaux de ce jour apporteront, je n'en doute pas, des éléments de réponse.

2. Le droit des propriétés publiques se caractérise également par le maintien d'un régime spécifique de droit public contraignant pour protéger l'affectation du bien à l'intérêt général. Le principe de continuité du service public joue à cet égard un rôle prépondérant, notamment en ce qui concerne la maîtrise de la sortie des biens du domaine public, lorsqu'ils sont affectés à un service public. Le Conseil constitutionnel affirme ainsi de manière constante que « *le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté* »³¹. On comprend aisément l'intérêt de cette jurisprudence, qui concourt à la sauvegarde de l'assise immobilière des services publics³².

L'affectation des biens au service public et, plus généralement, à l'intérêt général, nécessite donc d'être protégée. La persistance de la théorie des mutations domaniales, admise dès 1909 par la décision *Ville de Paris* du Conseil d'État et confirmée par une décision récente *Commune de Provville*³³, y contribue également, l'État jouant le rôle de garant de l'affectation du domaine à un but d'intérêt public. Cette possibilité de procéder à un changement autoritaire de l'affectation des dépendances du domaine public des collectivités locales est toutefois vivement critiquée et même dénoncée par une partie de la doctrine. Il n'est pas contestable qu'elle pose question quant à son articulation avec le droit de propriété et le principe de libre administration des collectivités territoriales. Sur ce point également, je ne doute pas que les débats d'aujourd'hui ne soient féconds.

L'existence et la vigueur des principes que j'ai rappelés imposent donc une judicieuse conciliation entre les différentes composantes de l'intérêt général et rappellent que la spécificité de l'action administrative et, en particulier, la continuité des services publics ne sauraient être méconnues.

30 CE, 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro et autre*, n°271898, Rec. p. 515 ; CEDH, 26 septembre 2006, *Société de gestion du port de Campoloro et autre c/ France*, n°57516/00.

31 Voir notamment la décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*.

32 On remarquera que, conciliant cet impératif avec celui de valorisation, l'article L. 2142-2 du code crée un intéressant mécanisme de déclassement anticipé, aux termes duquel le déclassement de l'immeuble peut intervenir dès lors que la désaffectation a été décidée, alors même que les nécessités du service public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai, fixé par l'acte de déclassement, qui ne peut être supérieur à trois ans.

33 CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris*, Rec. p. 707 et 23 juin 2004, *Commune de Provville*, Rec. p. 259.



B. La préservation des composantes fondamentales de l'intérêt général doit néanmoins s'articuler également avec la protection légitime des opérateurs économiques.

1. En premier lieu, malgré les sujétions qui pèsent sur eux, la protection des acteurs économiques occupant le domaine public est de mieux en mieux assurée. Certes, la situation de l'occupant domanial est précaire sur le domaine public³⁴, mais les titres d'occupation tendent de plus en plus à s'inscrire dans la durée. Si ces titres sont aussi révocables, le cocontractant frappé d'une résiliation dans l'intérêt général est en droit d'obtenir réparation du préjudice direct et certain résultant de la résiliation de la convention d'occupation domaniale avant son terme, tel que la perte des bénéfices et des dépenses exposées pour cette occupation³⁵.

L'occupation privative du domaine public ne peut en outre être permise à titre gratuit, ce qui contreviendrait au principe d'égalité devant les charges publiques. Le paiement d'une redevance d'occupation domaniale tient néanmoins clairement compte de la situation économique de l'occupant et, précisément, des avantages comme des désavantages de toutes natures qui lui sont procurés³⁶ 37. Par conséquent, dans son avis rendu le 22 janvier 2008³⁸, relatif à l'attribution d'une quatrième licence de troisième génération³⁹, le Conseil d'État a, au terme d'une analyse économique solidement argumentée, constaté l'existence de barrières à l'entrée sur le marché et que l'avantage que pourrait retirer le quatrième opérateur de l'occupation du domaine public serait vraisemblablement inférieur à celui qu'il en aurait retiré au moment où les premières licences avaient été accordées. Il en a déduit qu'il paraissait possible d'accorder au quatrième opérateur un niveau de redevance et des modalités financières différents de ceux retenus pour l'attribution des licences initiales, afin de rétablir une plus grande égalité entre opérateurs et de créer les conditions d'une meilleure concurrence sur le marché, pour autant que cet avantage reste proportionné aux « handicaps » à compenser et à ce qui est nécessaire pour améliorer durablement la situation de la concurrence sur le marché. En outre, pour des motifs d'intérêt général, cette redevance n'est pas due dans certains cas, notamment lorsque l'occupation « *est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous* »⁴⁰. Depuis 2009,

34 Voir par exemple CE, 5 janvier 2009, *Association « Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes »*, n° 305021, Rec. p. 20.

35 CE, 31 juillet 2009, *Société Jonathan Loisirs*, n° 316534, Rec. T. p. 739.

36 Article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques.

37 Ces bases de calcul rapprochent désormais les redevances domaniales des redevances pour service rendu, pour lesquelles « *le respect de la règle d'équivalence entre le tarif de la redevance et la valeur de la prestation ou du service peut être assuré non seulement en retenant le prix de revient de ce dernier, mais aussi, en fonction des caractéristiques du service, en tenant compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire* », ainsi que l'a jugé le Conseil d'État dans son arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique*, Rec. p. 349.

38 CE, section des travaux publics - Avis n° 381.124 du 22 janvier 2008.

39 Les fréquences radioélectriques font partie du domaine public par détermination de la loi (article L. 2111-17 du code général de la propriété des personnes publiques, reprenant les dispositions de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication). Leur utilisation constitue donc un mode d'occupation privatif du domaine public (article L. 2124-26).

40 Article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques.



le titre d'occupation peut également être « délivré gratuitement aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général »⁴¹.

2. En second lieu, la protection des opérateurs économiques est assurée par l'application, dans le respect des exigences du droit de l'Union, des règles de la concurrence et du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Les propriétés publiques étant le siège d'activités économiques, on sait, en particulier depuis l'arrêt *Société EDA*⁴², qu'il appartient aux personnes publiques de respecter ces règles lorsqu'elles prennent des actes de gestion du domaine ou des mesures de police en rapport avec ce domaine. Le juge administratif, sur ce point également, assure toutefois une conciliation de cette exigence avec d'autres impératifs. Cela résulte par exemple nettement de la décision *Département de la Vendée* du 30 juin 2004⁴³, dont il ressort que la difficulté d'accès aux installations domaniales justifie que l'autorité administrative accorde des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public à la régie départementale, assurant la desserte de l'île d'Yeu, aux dépens d'une société privée.

Le juge administratif a également réaffirmé récemment son refus de soumettre, par une construction prétorienne *ad hoc*, la passation des conventions d'occupation domaniale aux règles de publicité et de mise en concurrence⁴⁴. Cette solution paraît raisonnable, compte tenu de la difficulté qu'il y aurait eue à définir par la voie jurisprudentielle un tel régime : le pouvoir normatif du juge rencontre des limites qu'il faut savoir reconnaître. C'est ainsi que la définition d'un tel régime devrait répondre à de nombreuses questions : quel devrait être son champ d'application ? Concernerait-il tous les titres emportant occupation du domaine public ? Selon quelles modalités de publicité et de mise en concurrence ? Ces questions épineuses seront, je n'en doute pas, approfondies aujourd'hui dans une perspective moins juridictionnelle que législative.

* * *

Le droit applicable aux propriétés des personnes publiques a, chacun le mesure, subi de profondes mutations ces dernières décennies. Structuré autour de l'idée de propriété, le code général de la propriété des personnes publiques permet, avec d'autres instruments et dans le sillage des politiques de rationalisation de l'action publique, une meilleure valorisation des biens publics. Toutefois, les autres dimensions de l'intérêt général ne sont, bien entendu, pas absentes : elles sont ou doivent être prises en compte par diverses mesures de protection des biens ou de garantie de l'affectation de ceux-ci à des missions de service public ainsi que par la conciliation des intérêts publics en présence, ce qui implique de ne pas méconnaître non plus les règles de la concurrence.

41 Même article, dans sa rédaction issue de l'article 121 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

42 CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202260, Rec. p. 107 avec les conclusions de J.-H. Stahl.

43 CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée*, n°250124, Rec. p. 277.

44 CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n°338272, Rec p. 472.



De nombreuses questions, que je les aie évoquées ou non, restent toutefois en suspens. Elles justifient pleinement la tenue de ce colloque aujourd'hui. La qualité et la diversité des intervenants, que je remercie de leur présence, et qui représentent tant la juridiction administrative que les collectivités publiques, les acteurs économiques, les professions du droit et, bien sûr, la doctrine, laisse escompter un dialogue fructueux. Je tiens à remercier particulièrement Michel Pinault, président de la section de l'administration, et Olivier Schrameck, président de la section du rapport et des études, qui ont bien voulu présider les deux tables rondes de cette journée, consacrées à la valorisation par les personnes publiques de leur domaine et à la cession des propriétés des personnes publiques. Mes remerciements vont également à Bernard Stirn, président de la section du contentieux, qui ouvrira les débats cet après-midi, ainsi qu'à Roland Peylet, président adjoint de la section des travaux publics, et au professeur Yves Gaudemet, qui ont accepté de conclure, à deux voix, ces Entretiens.

L'organisation de ce colloque n'aurait pas été matériellement possible sans le concours de l'ENA, qui a bien voulu nous prêter ses locaux, plus spacieux et plus adaptés que ceux du Palais-Royal. Enfin, la section du rapport et des études du Conseil d'État, par son président, ses membres, ses agents et ses stagiaires, a construit et organisé cette journée, qui s'annonce d'ores et déjà comme un réel succès par le nombre et la qualité des participants à ces Entretiens. Je lui en exprime toute ma reconnaissance.

Je forme enfin le vœu que les débats de ce jour soient féconds et qu'ils contribuent à enrichir la réflexion sur ces sujets et à tracer des perspectives d'avenir.



La valorisation, par les personnes publiques, de leur domaine

Cette première table ronde aborde le thème de la valorisation économique des propriétés des personnes publiques. Il s'agit, à la lumière de la jurisprudence et à l'appui d'exemples pratiques, d'étudier les caractéristiques des outils juridiques, notamment contractuels, de valorisation du patrimoine public. Cette approche s'attache à mettre en valeur les potentialités comparées de ces outils de valorisation économique pour la personne publique ; elle permettra de poser la question de la constitution de droits réels sur le domaine public et celle du nécessaire respect des principes nationaux et européens de concurrence et de publicité.

Sommaire

Présentation des intervenants	24
Actes	27
<i>Premier thème : Qu'est-ce que valoriser ?</i>	29
Témoignages et échanges avec les participants	50
<i>Second thème : Le régime de la valorisation et la question des droits réels</i>	54
Témoignages	60
Documentation sur le thème du débat	
Index des principaux textes et jurisprudences cités dans les débats	113
Textes cités dans les débats (extraits)	116
Jurisprudences citées dans les débats (extraits)	123



Intervenants de la première table ronde

Présidence

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Licencié en droit, diplômé de l'École des hautes études commerciales et de l'École nationale d'administration, Michel Pinault effectue la première partie de sa carrière au Conseil d'État, où il exerce successivement les fonctions d'auditeur du Conseil d'État (1976), maître des requêtes et chargé de mission à la Commission des opérations de bourse (1980-1984). Pendant cette période il est nommé commissaire du Gouvernement auprès de la section du contentieux. Il est détaché, entre 1983 et 1987, dans les fonctions de conseiller juridique de l'Ambassadeur représentant permanent de la France auprès des Communautés européennes. Il revient au Conseil d'État comme secrétaire général (1987-1991). En 1991, il rejoint l'UAP comme chargé de mission auprès de la direction générale et devient directeur juridique en 1992, puis de 1993 à 1996 directeur central des affaires juridiques et fiscales. Après la fusion AXA-UAP il est nommé directeur général Asie-Pacifique d'AXA. En 2004, Michel Pinault réintègre le Conseil d'État où il exerce les fonctions de président de la 9ème sous-section de la section du contentieux de 2006 à 2008 avant de devenir président de la section de l'administration.

Intervenants

Hervé Barbaret

Conseiller maître à la Cour des comptes, administrateur général du musée du Louvre

Après des études de gestion d'entreprise à l'université de Paris-Dauphine, Hervé Barbaret intègre l'École nationale d'administration (promotion Léon Gambetta, 1991-93). Il entre à la Cour des comptes comme auditeur. Après un passage au cabinet du ministre de la jeunesse et des sports, en charge du dossier d'aménagement des rythmes scolaires, il travaille en 1997 à la direction des constructions navales pour contribuer au projet de modernisation de son système de gestion préalablement au changement de statut des chantiers navals de l'État. De 1999 à fin 2002, il est conseiller commercial à l'ambassade de France en Inde. A son retour, il prend la responsabilité du secteur audiovisuel public de la troisième chambre de la Cour des comptes, avant de rejoindre, en 2004, la Cité de l'architecture et du patrimoine comme directeur général délégué. Hervé Barbaret devient administrateur général adjoint du musée du Louvre en 2007 puis administrateur général en 2009. A ce titre il assure la gestion de 2300 salariés, d'un budget de 230 M€, et supervise un vaste portefeuille de projets (département des arts de l'Islam, Louvre Lens, Louvre Abou Dabi...). Il a également été rapporteur général de la Commission pour la nouvelle télévision publique.



Sophie Boissard

Directrice générale de Gares et Connexions, membre du comité exécutif de la SNCF

Sophie Boissard dirige au sein de la SNCF la branche Gares & Connexions depuis sa création, en avril 2009. Elle a rejoint la SNCF le 1^{er} septembre 2008 pour y prendre, au sein de la direction générale Stratégie et Finances, les fonctions de directrice de la stratégie ferroviaire et de la régulation. Conseiller d'État, Sophie Boissard a été rapporteur public à la section du contentieux de 1999 à 2004. De 2004 à 2005, elle a dirigé le cabinet de Gérard Larcher au ministère du travail et de l'emploi avant de piloter la transformation du Commissariat au Plan en Centre d'analyse stratégique au sein des services du Premier ministre. De 2007 à 2008, elle a occupé les fonctions de directeur adjoint au cabinet de Christine Lagarde, au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

Christine Maugüé

Présidente de la 6^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État

Ancienne élève de l'École normale supérieure de Sèvres, diplômée de l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris et ancienne élève de l'École nationale d'administration, Christine Maugüé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1988 où elle occupe les fonctions de responsable du centre de documentation en 1991 puis de commissaire du Gouvernement de 1994 à 2003. En 2004 elle est affectée à la section des travaux publics puis rejoint la section du contentieux en 2007 en qualité d'assesseur. Depuis 2009 Christine Maugüé est présidente de la 6^{ème} sous-section de la section du contentieux. Elle est également professeur-associée à l'université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et rapporteur général de la Commission supérieure de codification.

Michèle Raunet

Notaire associée, étude Cheuvreux

Diplômée de l'université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et de l'université de Paris 2 Panthéon-Assas, Michèle Raunet est titulaire d'un DESS collectivités locales, équipement et travaux publics, d'un DESS droit immobilier et de la construction et d'un DEA de droit public interne. Après avoir obtenu son diplôme supérieur du notariat, elle devient en 2006 notaire associée à l'étude Cheuvreux à Paris où elle exerce depuis 1994 dans le domaine du droit public immobilier. Depuis 2001, elle rédige des brèves de jurisprudence avec Brigitte Phémolant au Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme (BJDU). Elle est aussi l'auteur de plusieurs publications dont l'une des dernières coécrite avec Etienne Fatôme : « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation », AJDA du 27 décembre 2010.



Pierre-Éric Spitz

Directeur des affaires juridiques de la ville de Paris

Agrégé de philosophie et ancien élève de l'École nationale d'administration, Pierre-Éric Spitz a successivement occupé les postes de conseiller au tribunal administratif d'Orléans et de Paris, de rapporteur public à la cour administrative d'appel de Paris, puis de chargé de mission auprès de Robert Badinter au Conseil constitutionnel, de conseiller technique au cabinet du Garde des Sceaux, Elisabeth Guigou, et de conseiller au cabinet du président de l'Assemblée nationale, Raymond Forni. Il occupe depuis 2001 les fonctions de directeur des affaires juridiques de la ville de Paris. Il a publié de nombreux articles et notes de droit constitutionnel et de droit administratif.



Actes – La valorisation, par les personnes publiques, de leur domaine

Michel Pinault

*Président de la section de l'administration du Conseil d'État,
Président de la table ronde*

Les intervenants de cette première table ronde sont principalement des usagers de la réglementation et de la législation relatives aux possibilités de valoriser le domaine des personnes publiques. Au cours de cette table ronde, nous allons tenter de faire remonter leur sentiment sur sa pertinence, son efficacité, son adéquation aux questions qu'ils ont à résoudre et aux projets de valorisation qu'ils mènent. En tant que modérateur et si possible animateur, je vais poser quelques questions assez générales, que je livrerai ensuite aux réactions et aux réponses des participants, sans qu'il y ait un ordre préétabli d'intervention et sans qu'il y ait non plus, je le souhaite, d'interventions formalisées et préparées à l'avance.

Tout d'abord, une première question très générale, qui rebondit d'ailleurs sur l'allocation du vice-président Sauvé : qu'est-ce que la valorisation des propriétés des personnes publiques ?

Évidemment, ces débats s'inscrivent dans un colloque du Conseil d'État consacré à la réglementation et à l'action économique. Mais, même en se plaçant sous le strict angle de l'action économique, on peut se demander ce que peut être, ou ce que doit être, ou ce que l'on souhaiterait que soit la valorisation des propriétés des personnes publiques. Comme l'a souligné précédemment Jean-Marc Sauvé, il est clair, dès le départ, qu'une telle valorisation ne peut être purement appréhendée, souhaitée, sous un angle étroitement budgétaire. Bien sûr, il existe une règle de base selon laquelle l'occupation du domaine, public en tous cas, ne saurait être gratuite. Mais il est clair aussi que l'un des impératifs des collectivités publiques, qu'elles soient territoriales ou que ce soit l'État, est aussi de faire en sorte que la valeur représentée par le domaine en quelque sorte percole et irrigue le tissu économique, de façon à ce que cette utilisation soit propice au développement solide, pérenne, de secteurs économiques fondés sur ces propriétés-là. Il est clair aussi, l'histoire économique le montre, que le développement économique commence avec le droit de propriété. En tous cas, c'est ce que montre la majorité des développements économiques efficaces qui se sont produits ici et là. Cependant, le fait que l'État ou les collectivités territoriales soient propriétaires d'un certain nombre de dépendances domaniales ne signifie pas que, dans la chaîne de valeur qui est susceptible de se créer à partir de ces propriétés publiques, les personnes publiques soient celles qui captent la quasi-totalité de la valeur ainsi créée. Il faut un équilibre.



Telle est la première partie de ma question : qu'est-ce que la valorisation ? Dans le développement économique, ne faut-il pas aussi prendre en compte un certain nombre de variables qui sont moins économiques, c'est-à-dire les aspects sociaux, d'animation, de mieux vivre ensemble, de meilleure organisation des liaisons entre les personnes ? C'est un aspect important selon moi pour un certain nombre de collectivités territoriales, lorsqu'elles souhaitent développer une politique de valorisation.

Sous cette question, « qu'est-ce que la valorisation ? », il y a également et évidemment celle de savoir « jusqu'où la valorisation peut-elle aller ? ». Cette dimension renvoie au problème classique de compatibilité des opérations de valorisation avec l'affectation du domaine public à l'utilité publique, lorsque le patrimoine à valoriser en dépend. Néanmoins, d'autres éléments sont à prendre en compte, plus subtils et qui seraient intéressants à examiner. Est-ce que la valorisation, même très rentable, peut se faire au détriment d'un certain nombre d'autres impératifs, notamment la protection par les collectivités ou leurs établissements de leur propre image ? Je pense que l'intervention de M. Barbaret sera intéressante à cet égard.

C'est cette grille que j'aimerais voir explorée dans cette première question d'ouverture, afin de lancer le débat.



Premier thème : Qu'est-ce que valoriser ?

Hervé Barbaret

Administrateur général du Louvre

La question de la valorisation est en effet cruciale. Je ferai quelques remarques car je crains de ne pas pouvoir y répondre directement.

De manière indirecte, je dirais que la valorisation du domaine dans un établissement comme le Louvre repose sur une distinction entre ce qui constitue le « cœur nucléaire de la machine » : le service public rendu par un établissement comme le Louvre et ce qui rayonne autour de ce cœur nucléaire. Or plus on s'éloigne du cœur, plus ce rayonnement tend peu à peu à s'affaiblir. On va ainsi progressivement s'extraire d'une logique de service public avant de s'en éloigner de plus en plus.

Cela étant, et Michel Pinault évoquait les questions qui peuvent, si on va trop loin, mettre en question l'image même de l'établissement et de son activité. Il y a des frontières et des limites à établir de manière claire. Pour cela, le code général des propriétés des personnes publiques (CGPPP) fixe quelques éléments qui, à mon avis, constituent le fil directeur de cette réflexion sur la valorisation. Les articles L. 2121-1⁴⁵ et suivants parlent de « conformité », sinon de « compatibilité ». Il y a bien sûr l'exigence de « conservation », dont rend très bien compte la jurisprudence *Commune de Saint-Brévin-les-Pins*⁴⁶.

Au total, l'activité de valorisation doit, en tout état de cause, s'inscrire dans ce cadre : conformité, compatibilité, conservation.

Très concrètement, au Louvre, on voit bien que la présentation des œuvres, leur conservation, l'enrichissement des collections, constitue le cœur nucléaire. En revanche, la mise à disposition d'audio-guides, cet outil de médiation très important, constitutif notamment de la logique de diffusion qui figure au décret statutaire du Louvre, est un service public mais qui, pour des raisons pratiques, peut être délégué. Donc, dans ce cas, on est dans le cadre d'une valorisation par la délégation d'un service public lié à l'utilisation d'une propriété publique.

Si on s'en éloigne encore un peu, nous disposons d'une librairie d'art. C'est un peu plus loin encore du « cœur nucléaire » du musée. Néanmoins, il s'agit bien

45 Art. L. 2121-1 du CGPPP : « Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucun nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation. »

46 CE, 3 mai 1963, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, p. 259 ; AJDA 1963.344 chron. GENTOT et FOURRÉ ; RDP 1963.1175 note WALINE ; CJEG 1964.464 note VIROLE : « Considérant que si, dans l'exercice de ses pouvoirs de gestion du domaine public maritime, il appartient à l'Administration d'accorder à titre temporaire et dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur des autorisations d'occupation privative dudit domaine, ces autorisations ne peuvent légalement intervenir que si, compte tenu des nécessités de l'intérêt général, elles se concilient avec les usages conformes à la destination du domaine que le public est normalement en droit d'y exercer ainsi qu'avec l'obligation qu'a l'Administration d'assurer la conservation de son domaine public ».



d'un service rendu au public qui, à mon sens, est indissociable de l'activité du musée. Dans ce cas, on se trouve dans une convention d'occupation temporaire du domaine public mais, encore une fois, avec cette logique de proximité du « cœur ».

On va s'éloigner encore par tranches successives, de la réalisation directe, par l'établissement de missions de service public. Tel est le cas par exemple, des buvettes et des restaurants installés dans les dépendances du Musée, même s'il s'agit encore d'un service rendu au public, notamment pour les visiteurs du Musée, qui souhaitent pouvoir se restaurer ou boire. Et puis il y a des choses beaucoup plus triviales, j'évoquerai tout simplement les toilettes du jardin des Tuileries qui dépend de notre domaine. Il est inenvisageable d'exploiter en régie ce genre d'équipement au sein d'un établissement public. Ce service sera confié à un tiers par la voie d'une convention d'occupation du domaine public. Ainsi, une convention d'occupation du domaine permet de le valoriser tout en rendant un service au public.

Pour résumer, je dirai qu'il y a une sorte de convergence entre les services rendus au public et ce souci de valorisation. Cependant, dans la ligne de ce qu'évoquait le vice-président à propos de « l'épée de chevet » ou de la « cupidité », il est très clair, et je crois que le vice-président a tout à fait raison, que la valorisation au sens de recherche d'un gain pécuniaire ne doit pas être « l'épée de chevet ».

Enfin, certaines situations peuvent paraître surprenantes. Par exemple, s'agissant de l'installation de la fête foraine au jardin des Tuileries. Bien que le juge veille à cette occasion au respect de la vocation première du jardin, il faudrait se demander si, dans ce cas, on ne sort pas un peu du rayonnement que j'évoquais à l'instant⁴⁷. Certaines situations suscitent ainsi nombre d'interrogations qui relèvent parfois, comme dans ce cas d'espèce, d'un contexte historique qui nous dépasse quelque peu, en tant que gestionnaire du domaine.

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

C'est très clair. Pour vous, la valorisation budgétaire, financière, est un petit « aiguillon » dont la vocation est de venir au soutien d'une politique de service au public.

Hervé Barbaret

Administrateur général du Louvre

En effet, je crois qu'il est important de le souligner. La recherche d'une valorisation pour obtenir uniquement de l'argent, sans préoccupation d'un service rendu au public risquerait, à mon avis rapidement, de devenir très hasardeuse dans le cas très particulier du musée du Louvre et du domaine des Tuileries.

⁴⁷ CE, 22 juin 2007, *Association «Les amis des Tuileries»*, n° 269360, p. 15.



Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Merci beaucoup M. Barbaret. Quelle est la position de la ville de Paris sur ce point ? Comment appréhende-t-elle ce problème de la valorisation ?

Pierre-Éric Spitz

Directeur des affaires juridiques de la ville de Paris

Les remarques qui viennent d'être faites à propos du Louvre seraient, pour la plupart, transposables à l'action de la ville de Paris, mais je pense que l'on pourrait opérer d'autres distinctions que celles relevant de la logique de « cœur » et de « diffusion successive ». Pour ma part, et je n'hésiterai pas à être trivial, les collectivités locales ont besoin d'argent. Par conséquent, l'idée que le domaine public pourrait servir à alimenter les finances publiques est une considération devant laquelle nous ne reculons pas. Bien sûr, on va dire qu'il va falloir l'entourer d'un certain nombre de précautions, mais il est certain que, par exemple, le réseau d'égouts de la ville de Paris, extrêmement étendu grâce à Belgrand et Haussmann au XIX^{ème} siècle, est un lieu dont les opérateurs économiques ont évidemment intérêt à se servir. Je pense notamment aux opérateurs de fibre optique ou de câbles de toute nature qui souhaitent installer leurs matériels : cela constitue une véritable valorisation pour la ville de Paris, qui peut néanmoins être assortie de limites lorsque, par exemple, un décret vient plafonner les redevances que l'on est en droit d'exiger des opérateurs, comme c'est le cas pour les réseaux de communication électronique⁴⁸. Ces limites peuvent gêner les collectivités pour rentabiliser au maximum leur domaine mais il est aussi d'intérêt général de voir se développer la fibre optique en faisant en sorte que les redevances payées aux collectivités locales, propriétaires des réseaux, n'entravent pas leur développement économique. Le recherche d'amélioration des finances publiques est ici encadrée de manière très claire.

Une proposition a été faite, pour valoriser le domaine : pourquoi ne ferait-on pas payer une redevance d'occupation domaniale pour les distributeurs automatiques de billets de banque ? En effet, un certain nombre d'opérateurs bancaires, comme d'ailleurs d'autres commerces, occupent de cette manière le domaine public et peuvent donc profiter de l'externalisation de leur bureau ou boutique pour développer leur clientèle. Je dois avouer que j'étais perplexe quant au principe d'une redevance à faire payer aux DAB, mais le principe du paiement d'une redevance d'occupation du domaine public par ces distributeurs et autres guichets sur rue a été acté par le tribunal administratif de Nîmes. Il en a clairement jugé même s'il a, en l'espèce, censuré la réglementation pour avoir exonéré de redevance certains commerces sans justification objective⁴⁹. En tout cas, la question est délicate.

48 Art. L. 45-9 et R. 20-45 s. du code des postes et communications électroniques.

49 TA Nîmes, 3 mars 2011, *Mme L., Société le Palais des Pains, société ABC la Brioche Chaude et autres, M.C. et autres*, n°1002678, 1003096, 1003188,1003190.



Le premier aspect de la valorisation est donc clairement une valorisation financière du domaine public. De ce point de vue, on peut dire que la ville de Paris possède un domaine public qui est « non répliquable », par conséquent, il est rare et il a donc une très grande valeur, qu'il s'agisse du bois de Vincennes, du bois de Boulogne, des Champs-Élysées ou de nombreux autres emplacements. Par exemple, un opérateur est aujourd'hui particulièrement intéressé par les Champs-Élysées, pour y installer une grande roue ou des chalets de Noël. La question de la publicité et de la mise en concurrence des autorisations d'occupation du domaine public permettant ces activités peut se poser, mais cela sera abordé ultérieurement dans le débat.

Le deuxième aspect de la valorisation est fondamentalement patrimonial, c'est-à-dire que nous possédons un certain nombre de propriétés que nous n'avons pas les moyens de faire restaurer, rénover, réhabiliter, alors qu'elles nécessitent, entre autres, une mise aux normes. C'est le cas, par exemple de la piscine Molitor, fermée depuis 1989 pour laquelle la question du financement se pose : est-ce que nous en faisons une piscine municipale et, par conséquent, nous investissons et la gérons en régie, est-ce que nous la déléguons en service public ou bien est-ce que nous en faisons une opération, avec toutes les limites qu'elle implique, dans laquelle nous n'apportons aucun financement et qui va nous permettre de faire faire des travaux de l'ordre de 100 millions d'euros par un opérateur privé qui va nous restituer un patrimoine en très bon état au bout de cinquante ans à travers un BEA-concession de travaux ? Un autre exemple pourrait être le Parc des princes qui doit être mis aux normes de la Coupe d'Europe 2016 de football. Cette opération va nécessiter environ 120 millions d'euros d'investissement, somme dont les collectivités locales ne disposent pas forcément. Il faudra donc réfléchir au moyen de faire faire ces travaux par des occupants privés, suivant un type de contrat, tel que la collectivité n'ait pas à verser de l'argent.

Le troisième aspect de la valorisation est la réhabilitation d'un quartier, c'est-à-dire faire en sorte que des opérateurs économiques viennent s'y installer. Par exemple, je pense à la réhabilitation que nous avons faite, et qui me paraît exemplaire, de tout le quartier Stalingrad qui était un lieu de délinquance et de trafics de drogues. Ces phénomènes se développent notamment parce qu'il n'y a pas d'activité le soir. On peut ainsi souhaiter que de grands cinémas s'y installent, comme la société MK2, avec une convention d'occupation du domaine public quai de Seine et avec un bail à construction quai de la Loire. Ainsi, ce quartier a pu revivre. Il connaît aujourd'hui une réelle activité, avec l'implantation des commerces et de restaurants avec terrasses restant ouverts tard le soir. Il y a du monde désormais dans les rues. Donc l'aspect « réaménagement » d'un quartier par l'octroi d'autorisations domaniales ou la passation de baux à construction est très important.

Pour résumer, la valorisation a des ambitions financière, patrimoniale, économique et sociale. Ce sont les composantes majeures de la valorisation, qui n'est pas dès lors purement financière, qui guident l'action économique de la ville de Paris s'agissant de son domaine public.



Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Merci M. Spitz. L'équilibre en effet est différent de celui du Louvre eu égard à la palette des besoins d'une collectivité territoriale, plus variée encore. Que se passe-t-il du côté des gares et connexions, qui sont aussi importantes pour nous tous. Comment concevez-vous la valorisation Mme Boissard ?

Sophie Boissard

Directrice générale de Gares et Connexions

Membre du comité exécutif de la SNCF

Les gares sont un troisième cas de figure par rapport aux deux exemples du Louvre et de la ville de Paris. La valorisation d'un patrimoine public comme le réseau des gares voyageur est presque un cas d'école. Il s'agit de 3000 et quelques gares réparties sur l'ensemble du territoire français sur environ 2 000 000 de m². C'est un patrimoine essentiellement foncier, extrêmement disséminé. La SNCF exerce là une activité de gestionnaire d'actifs publics régulés. Si j'avais à donner une définition de la valorisation, ce serait le maintien en conditions opérationnelles de ces actifs du domaine public et de leurs dépendances, et leur mise en valeur dans les différentes composantes évoquées par Pierre-Éric Spitz, notamment l'entretien du patrimoine, sachant que de nombreux bâtiments sont classés. C'est encore la composante économique et sociale : concourir à l'activité de service public par l'accueil, la prise en charge des voyageurs, et donc à l'activité de transport qui est la mission de l'établissement public SNCF au sens large. C'est enfin la composante financière car pour arriver à remplir ces objectifs, notamment de mise en valeur, il faut évidemment pouvoir dégager les ressources nécessaires.

Plus concrètement, je vais vous parler du modèle économique de la gestion des gares. La SNCF tire de cet important patrimoine deux catégories de revenus. D'abord, des redevances pour services rendus qui sont la contrepartie des prestations de services qui sont offertes dans les gares aux opérateurs de transport, ces opérateurs étant à titre principal ou quasi-exclusif, les opérateurs de transport de la SNCF c'est-à-dire les différentes activités de transport de voyageurs de longue distance ou de proximité, et des autres activités de transport, qu'on appelle dorénavant la « multimodalité » ou l'« intermodalité », c'est-à-dire les opérateurs de transports urbains, interurbains, qui abordent la gare par le réseau viaire, par les emprises d'autres personnes publiques.

La tarification de ces redevances pour services rendus s'inscrit parfaitement dans l'épure dégagée par la jurisprudence⁵⁰. En effet, la tarification prend en compte l'ensemble des coûts inhérents à la mise à disposition de ces espaces, notamment les services qui accompagnent cette mise à disposition en termes d'accueil, de dispositifs d'information des voyageurs, de gardiennage, de maintien en conditions opérationnelles. C'est un premier élément qui constitue environ 70% des revenus que tire la SNCF de ses gares. Les 30% restants proviennent des

50 V. sur ce point, l'étude du Conseil d'État, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, Paris, Doc. Fra., 2002.



redevances domaniales au sens strict du terme, c'est-à-dire les contreparties des conventions d'occupations temporaires du domaine public que la SNCF accorde sur les emprises des gares de voyageurs. Aujourd'hui, nous gérons un volume de 1500 conventions d'occupation temporaire, ce qui est extrêmement significatif, avec un taux de renouvellement d'environ 10% par an.

Les conventions sont conclues avec trois catégories d'occupants. Elles sont assez proches des catégories qu'évoquait Pierre-Éric Spitz précédemment.

Tout d'abord, des conventions d'occupation sont accordées aux opérateurs de transport, SNCF ou autres, pour les besoins de leurs activités. Ce sont des locaux commerciaux dont ils vont disposer pour leur activité propre ou des locaux techniques pour leurs équipes. Ils sont privatisés, d'une certaine façon, dans l'espace public de la gare puisque les opérateurs de transport ne les utilisent que pour leurs propres besoins. C'est donc une première forme de valorisation qui est directement liée au cœur même de la mission de la SNCF, qui est ici d'exploiter un pôle de transport.

Les opérateurs commerciaux sont la deuxième catégorie de titulaires de conventions. Les besoins vont alors de ceux de base du voyageur, comme prendre un café ou s'acheter un sandwich, un journal, à des types de commerces plus classiques comme ceux existant en centre ville.

Enfin, il existe une troisième catégorie de titulaires de ces conventions qui agissent dans le champ du bénéfice social, notamment d'animation de ces espaces, comme c'est le cas d'associations, moyennant des contreparties qui seront généralement en nature. Par exemple, la prise en charge des sans domicile fixe ou des phénomènes d'errance qui est un des problèmes majeurs rencontré dans les grands centres urbains. Il peut s'agir également des opérateurs liés à la commune, aux collectivités alentours, offices du tourisme par exemple, qui vont s'installer en gare par le truchement de ces conventions d'occupation temporaire. On voit bien que l'ensemble de ces occupations s'inscrit dans une politique de services d'ensemble, qui est de concourir de manière harmonieuse au fonctionnement et à l'animation de la gare mais également de partager le fardeau de charges fixes.

Lorsqu'on a un patrimoine immobilier aussi important et souvent aussi ancien que la SNCF, cette charge est extrêmement lourde à porter. S'il n'existe aucun autre occupant dans une gare que l'opérateur de transport SNCF, l'ensemble des charges liées à ce bâtiment vont reposer sur cet opérateur. Elles seront donc à répercuter, par exemple, dans le prix du billet ou en direction de l'autorité organisatrice de transports régionaux qui finance le service de transport. C'est souvent le cas, en particulier, dans les petites gares régionales où on a pratiquement que des transports régionaux financés par la région. La contribution des usagers est de 30% à peu près. Donc, pour 70%, les contributions sont des subventions publiques. Il est clair que si la gare n'apporte aucune ressource supplémentaire, cela va alourdir encore le fardeau de ce que les régions doivent financer.

Donc la valorisation recouvre trois bénéfices : un bénéfice en termes de services pour le voyageur, un bénéfice en termes d'ambiance et un bénéfice en termes de soutenabilité économique du fonctionnement et du maintien en conditions opérationnelles de ces espaces.



Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Je trouve que cela est très intéressant car on voit bien que le domaine, en l'occurrence le domaine public des gares, peut être en réalité valorisé de deux manières : tout d'abord, par son utilité et son fonctionnement propre, c'est-à-dire l'occupation par un certain nombre d'opérateurs de services ferroviaires, mais aussi, et on retrouve les cercles qui ont été décrits précédemment par M. Barbaret, comme base à partir de laquelle des services peuvent être rendus par le propriétaire du domaine à des opérateurs qui ne sont pas des occupants à proprement parler. Donc, on voit bien le modèle économique qui peut se construire autour de la domanialité lorsqu'on la regarde, non pas comme le domaine au sens étroit, mais comme une partie d'un ensemble d'un modèle économique.

Je cède la parole au notariat. Mme Raunet, comment se traduit l'idée de valorisation dans votre activité ?

Michèle Raunet

Notaire

La notion de valorisation a pris une dimension nouvelle depuis deux ans pour le juriste rédacteur de contrats. Deux textes ont en effet institué un nouveau bail sur le domaine des personnes publiques : le bail emphytéotique administratif (BEA) de valorisation⁵¹. Ce bail a été introduit, pour l'État et les Chambres de commerce et d'industrie, par la loi du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, à l'artisanat et aux services, et qui insère dans le CGPPP un nouveau titre intitulé « Valorisation du patrimoine immobilier », avec un unique article L. 2341-1. La possibilité de recourir à ce bail a ensuite été étendue aux collectivités territoriales par la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, par une modification de l'article L. 1311-2 du CGCT. Ces textes permettent de consentir un BEA notamment en vue de la mise en valeur du bien appartenant à la collectivité territoriale ou à l'État. A partir de là, le juriste rédacteur d'un contrat va se poser la question de savoir ce que signifie la notion de mise en valeur pour déterminer si le contrat est régulier au regard du champ d'application de ces deux textes.

Pour ma part, lorsque j'ai commencé à rédiger mes premiers BEA de valorisation, j'ai essayé de voir ce que signifiait la valorisation dans les différents textes de droit public qui pouvaient exister en la matière. J'ai constaté plusieurs choses. Il y a plusieurs textes où la notion de valorisation apparaît depuis quelques années. Tout d'abord, il s'agit de textes sur la cession des biens de l'État. Il y a toute une série de circulaires⁵² qui explique le terme de valorisation, qui signifie tirer le meilleur parti économique du bien, ne pas vendre en dessous de sa valeur vénale, valoriser au mieux, etc. Par exemple, en matière de cession concernant les collectivités

51 V. Fatôme et Raunet, *Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif*, AJDA 2010.2475.

52 Circulaire du Premier ministre du 16 janvier 2009 relative à la politique mobilière de l'État, 21/01/2009, texte n° 4 et circulaire du Premier ministre du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État, 50 27/04/007, texte n° 2.



territoriales, on voit que la valorisation recouvre un objectif financier très fort mais qu'il y a bien d'autres objectifs et que la valorisation n'est pas seulement économique. C'était donc mon premier axe.

L'idée de valorisation apparaît également, et c'est mon second axe, dans les textes sur les contrats de partenariat. Il y est écrit que si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique qu'il occupe dans le cadre du contrat de partenariat ; il va pouvoir y consentir des droits réels, par exemple à des opérateurs privés. Les produits de ces opérations permettront de réduire le montant des loyers que versera la personne publique⁵³ pour qui l'ouvrage est réalisé. On voit ici que la notion de valorisation a une dimension économique très forte. Au regard de ces textes, je me suis demandé s'il serait possible de conclure un BEA de valorisation uniquement sur des considérations économiques. Or, s'agissant de l'occupation de la propriété des personnes publiques, on se rend compte que ce n'est pas une question évidente. Une pure valorisation économique trouve difficilement de justification. S'agissant du BEA de valorisation, on voit bien que le législateur n'a pas entendu dire que c'est une pure valorisation économique mais plus largement une « mise en valeur ». Dans tous les BEA que j'ai pu être amenée à écrire et dans ceux qui sont en train d'être mis en place, l'objectif des personnes publiques, bien évidemment, est un objectif économique mais il y a, en fonction du type de biens, en fonction du lieu, d'autres objectifs à cette valorisation, notamment des objectifs d'urbanisme de service public - conservation, restructuration d'un patrimoine...

On peut ainsi conclure que la notion de valorisation est une notion très large dans son champ et que, à mon sens, un BEA de valorisation qui aurait pour seul objectif de donner des revenus à une collectivité ne serait pas régulier.

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Merci Maître. Au fond, vous dites que les BEA de valorisation ne sont jamais des BEA de rentabilité pure et simple et qu'ils couvrent d'autres objectifs. De temps en temps, on peut aussi se demander si ces BEA ne deviennent pas des sources de coûts pour les collectivités territoriales au lieu de constituer des ressources. Je cède la parole à l'un des auteurs du CGPPP.

Christine Maugüé

*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux du Conseil d'État*

Sur ce sujet, j'ai un double point de vue, celui du juge saisi de litiges particuliers portant sur des conventions d'occupation ou sur des redevances domaniales et celui du membre de section administrative, qui voit les textes se faire, aussi bien des textes d'ensemble comme le CGPPP que d'autres textes qui concernent les propriétés publiques. Je rejoins tout à fait ce qui a été dit jusqu'à présent.

⁵³ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée sur les contrats de partenariat, art. 13-I al. 2.



La valorisation recouvre deux grandes dimensions qui ne sont pas tout à fait les mêmes : une dimension patrimoniale et une dimension financière.

Le sujet en tant que tel de la valorisation des propriétés des personnes publiques est clairement apparu à travers une dimension patrimoniale. En effet, on a constaté, dans les années 1970 une certaine incapacité des personnes publiques à financer elles-mêmes les équipements publics dont elles avaient besoin. Il a donc fallu trouver d'autres mécanismes et c'est à partir de là qu'ont été adoptés les textes concernant les collectivités territoriales, puis l'État, autorisant la constitution de droits réels sur le domaine public⁵⁴. L'objectif était alors de consolider la situation des opérateurs sur le domaine public afin de leur faire réaliser, avec des conditions renforcées de sécurité juridique, des équipements destinés aux personnes publiques. Donc, dans un premier temps, on a ces deux grands textes généraux, puis on a une multitude de textes inscrits dans cette optique. Il s'agit par exemple de la loi LOPSI I⁵⁵ et de la loi LOPPSI II⁵⁶ relatives aux mécanismes d'autorisation d'occupation temporaire (AOT) et de BEA pour faire réaliser des prisons, des casernes, des gendarmeries, des palais de justice. On voit bien que la valorisation économique des propriétés des personnes publiques répond au souci d'attirer les investisseurs pour faire réaliser des équipements destinés aux personnes publiques qu'elles n'ont plus les moyens de réaliser directement. L'ultime aboutissement de cette dimension patrimoniale est la loi de 2010 sur le BEA de valorisation immobilière⁵⁷. C'est très intéressant car il ne s'agit plus de faire réaliser un équipement nouveau, mais de restaurer, de réparer ou de mettre en valeur le patrimoine immobilier. C'est cette dimension patrimoniale qui, finalement, concerne le patrimoine existant et plus seulement les équipements à créer. C'est une tendance lourde des vingt dernières années.

Une autre dimension majeure de la valorisation est financière. C'est peut-être la dimension originelle de la valorisation économique des propriétés des personnes publiques. Elle a toujours perduré, même si elle a parfois été supplantée. On en trouve de multiples traces encore aujourd'hui, notamment à travers tout ce qui concerne l'utilisation du domaine public par des opérateurs économiques. Par exemple, l'usage du domaine public routier par des opérateurs de télécommunications, par des opérateurs qui font du transport ou de la distribution de gaz ou d'électricité, constitue une source de revenus pour les collectivités publiques. C'est une évidence et des textes ont été pris, heureusement, pour mettre en place des mécanismes de tarification forfaitaire, sous le contrôle du juge afin que l'on n'ait pas à chaque fois à devoir appliquer les critères de la jurisprudence sur le montant de la redevance⁵⁸. Mais, au-delà de cette utilisation du domaine par de gros opérateurs économiques,

54 D'abord l'article 13 de la loi 88-13 du 5 janvier 1988 *d'amélioration de la décentralisation*, qui ouvre la possibilité du bail emphytéotique pour organiser l'occupation du domaine des collectivités territoriales ; ensuite la 94-631 loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

55 Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

56 Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

57 Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services.

58 V. par ex. pour les réseaux de communication électronique art. L. 45-9 et R. 20-45 s. du code des postes et communications électroniques préc. *supra* ; v. également pour les réseaux de gaz et d'électricité, art. I13-5 du code de la voirie routière.



il y a aussi une utilisation du domaine plus modeste et au cas par cas, dès lors que l'utilisation est compatible avec l'affectation : il s'agit des distributeurs bancaires évoqués par Pierre-Éric Spitz ou encore de la distribution des journaux gratuits et de l'installation des portants sur le domaine public⁵⁹. Ils sont une source de redevances pour les collectivités publiques, sans toutefois que les chiffres soient comparables aux redevances demandées aux gros opérateurs économiques.

La dimension financière prédomine lorsqu'une utilisation n'est pas incompatible avec une propriété publique et que les personnes publiques n'ont pas besoin de cette propriété. Il est logique que, dans ce cas, les personnes publiques recherchent des ressources financières finalement les plus élevées possibles.

Pierre-Éric Spitz

Directeur des affaires juridiques de la ville de Paris

J'ai beaucoup insisté sur la valorisation financière par la ville de Paris mais je voudrais ajouter que les collectivités territoriales ont des organes délibérants élus et, par conséquent, il existe des préoccupations qui sont celles de la majorité municipale et ces préoccupations vont en direction des électeurs. Or les objectifs peuvent diverger en fonction des partis et des coalitions politiques. A la ville de Paris, nous avons une coalition notamment avec les Verts. L'adoption au dernier conseil de Paris du règlement local de publicité en constitue un très bon exemple. Ce règlement a dû répondre à deux exigences contradictoires : réduire de 20 % le nombre de panneaux publicitaires à Paris, la taille des publicités, des bâches ou des enseignes sur le domaine public, mais également étendre les zones de publicité restreinte, et la valorisation du domaine et les intérêts qui en découlent. Pour la municipalité, la mise en œuvre de ce règlement provoque véritablement une perte, à la fois en matière de droits de voirie et autres, et de revenus pour ceux qui exploitent les mobiliers urbains supports de la publicité. Des études financières ont chiffré les pertes. Par exemple, en arrêtant le défilement des panneaux publicitaires de minuit à sept heures du matin, les opérateurs de mobiliers urbains vont voir leur chiffre d'affaires baisser ; la redevance qui sera versée à la ville de Paris va diminuer elle aussi. Il faut bien voir que les impératifs sont contradictoires.

Un deuxième problème est celui de l'image de marque. Un certain nombre d'opérateurs voudraient donner un autre nom au Parc des princes, par exemple, le Parc des « princes Arena ». Où fixer la limite ? Sur ce point, je rejoins tout à fait ce qui a été dit précédemment par M. Barbaret, à savoir que la question qui se pose est : jusqu'où la valorisation pourrait-elle dévaloriser l'image de marque, si finalement, la ville de Paris ne s'appelait pas la ville de « Paris » mais la ville de « Paris Coca-cola » ? Il arrive un moment où il y a une limite que l'on ne peut pas franchir.

Un troisième exemple, s'agissant des impératifs sociaux : tous ceux qui représentent les malvoyants et aveugles sont très directement opposés à la multiplication du mobilier urbain sur les trottoirs car, plus vous multipliez les obstacles, plus c'est compliqué de se diriger, même avec une canne blanche.

⁵⁹ V. sur ce point l'avis du Conseil de la concurrence, 04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits.



Donc, j'insiste sur les limites à la financiarisation ou à la valorisation, lesquelles se posent en termes d'impératifs politiques, sociaux, d'images de marque, d'impératifs de toute nature qui sont évidemment très importants.

Sophie Boissard,

*Directrice générale de Gares et Connexions
membre du comité exécutif de la SNCF*

Il me semble qu'il y a vraiment deux cas de figure qu'il ne faut pas confondre.

Il y a tout d'abord le cas où la valorisation résulte d'une contribution demandée à un opérateur tiers aux charges communes préexistantes, même si son activité ne génère aucun bénéfice commercial pour le propriétaire du domaine. Par exemple, la SNCF a négocié avec les diffuseurs de publications gratuites des autorisations à placer des points de distribution en gare. Elle leur demande une contribution. Cette contribution, sans dévoiler les éléments couverts par le secret commercial, est de l'ordre de quelques milliers d'euros par an. Or, les « gratuits » génèrent un surcroît de charges très important pour le gestionnaire du site : il suffit de passer dans une grande gare parisienne le matin pour se rendre compte du nombre d'exemplaires jetés. L'autorisation domaniale est donc une forme de police, de régulation de cette profession : il convient de se mettre d'accord sur le type de présentoirs, l'endroit où on les place etc. C'est aussi une contribution au surcroît de charges en termes de nettoyage, qui va nécessairement peser sur la personne publique.

L'autre cas de valorisation est la captation par la personne publique d'une partie des bénéfices commerciaux réalisés par un opérateur économique en s'adossant aux moyens, aux équipements, au patrimoine de la personne publique. On a là un tout autre type de contrat où, par exemple, pour des activités commerciales en gare, on va fixer la redevance en fonction du chiffre d'affaire réalisé et aller vers un partage du bénéfice, voire du chiffre d'affaires réalisé par l'opérateur privé à ses risques et périls, qui peut aller jusqu'au 50/50. Toute la question est de trouver le bon équilibre, mais si la SNCF procède ainsi, c'est parce qu'il s'agit d'emplacements ou de sites dont l'exploitation génère des chiffres d'affaires extrêmement importants. L'exploitant bénéficie de tout un agencement, d'un trafic important sur de larges plages horaires, etc., qui proviennent, de l'agencement du domaine et des conditions dans lesquelles l'activité de service public - ici le transport de voyageurs - est organisée. Dans cette hypothèse, on est effectivement dans une autre nature de contrat. On n'est pas uniquement dans la prise en compte des charges, du surcroît de charges occasionnées par l'activité accueillie.

Michèle Raunet

Notaire

Je voudrais ajouter que cette question de valorisation, qui n'est pas uniquement financière, pose notamment un problème de détermination du montant de la redevance lorsque le bien occupé fait partie du domaine public, et du montant du loyer lorsque celui-ci dépend du domaine privé. Ce problème se pose à deux titres.



Tout d'abord, le CGPPP parle toujours des avantages tirés par l'occupant privatif du domaine⁶⁰, mais il ne mentionne pas les avantages qu'en tire la personne publique. Or souvent, l'occupation du domaine procure à son propriétaire un avantage, notamment par sa mise en valeur, qu'il conviendrait de pouvoir prendre en compte dans un souci d'équilibre contractuel. La plupart des contrats que nous avons évoqués sont des contrats qui vont être soumis à l'avis de France Domaine. Aujourd'hui, la détermination du loyer et de ses modalités par France Domaine soulève un certain nombre de difficultés car France Domaine est dans la logique de la valeur vénale du bien. Or, compte tenu du fait que l'on va avoir d'autres objectifs par rapport à l'utilisation de ce bien, on va avoir des loyers qui vont être bien inférieurs à cette valeur vénale. Les collectivités locales, notamment, rencontrent alors de véritables difficultés pour passer les contrats puisqu'elles ne sont pas supposées aller nettement en dessous de l'estimation fournie par France Domaine. La question de la redevance et de la manière dont on la détermine est donc très importante.

Pierre-Éric Spitz

Directeur des affaires juridiques de la ville de Paris

Le principe est simple. La redevance est fixée en fonction des avantages de toute nature. Mais qui sont ceux qui connaissent ces avantages, sinon les opérateurs économiques qui prétendent au titre d'occupation ? Par conséquent leur mise en concurrence est fondamentale pour déterminer la rentabilité économique possible. Les opérateurs doivent proposer, pour une part au moins, un montant supérieur à ce que pourrait être la valeur locative. Donc, je suis bien évidemment en faveur de la mise en concurrence, quand cela est possible, afin de déterminer le taux de redevance.

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Nous avons bien éclairci, je crois, le concept de valorisation économique. Ma deuxième question est la suivante : êtes-vous satisfaits de la panoplie des instruments juridiques qui vous sont actuellement offerts ? Est-ce que ces instruments correspondent à une gamme de solutions suffisamment étendues, articulées, logiques, répondant à des besoins spécifiques ? Est-ce qu'ils sont adaptés à la mise en place d'opérations de grande ampleur ?

Je pense que l'on dispose des instruments nécessaires pour mettre en place un certain nombre de redevances sur une utilisation, je dirais « ordinaire » du domaine. Mais est-ce que ces instruments, notamment ceux qui ont été créés récemment autour de la notion de BEA, sont véritablement bien adaptés à la variété des objectifs poursuivis et à l'ampleur d'un certain nombre d'opérations, opérations qui parfois se chiffrent en plusieurs centaines de millions d'euros ?

⁶⁰ Art. L. 2125-3 CGPPP : « La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation. »



Par ailleurs, dans les rapports régis par le code civil ou le code de commerce, le terrain est assez bien balisé pour les cocontractants. Les modèles de contrat sont en général assez bien réglés par la loi elle-même ou par la jurisprudence. On sait donc à quoi on s'engage sans avoir à produire des contrats de plusieurs centaines de pages, comme c'est le cas lorsque les modèles juridiques ne sont pas très bien définis et que tout est contractuel. Mais dans les régimes de droit public, qu'en est-il ? Est-ce que les cocontractants les prennent tels quels et s'en satisfont comme ils sont, ou alors les complètent-ils pas par un certain nombre de clauses, légales et négociées, qui viendraient en quelque sorte les améliorer ?

Michèle Raunet

Notaire

Tout d'abord, je constate que les outils constitutifs de droits réels, c'est-à-dire les baux emphytéotiques, les baux à construction, les AOT, sont des outils qui depuis quelques années se développent énormément. Cela fait un peu plus de quinze ans que j'exerce ma profession. Au départ je n'en rencontrais que très rarement. Aujourd'hui, ils représentent environ 25% de mon activité, avec un développement important des types d'utilisateurs, aussi bien l'État que les établissements publics ou les collectivités locales. Il y a un véritable développement de l'outil qui, à mon avis, est très lié au fait que les personnes publiques ont pris conscience de leur patrimoine et de sa valeur, comme cela a été expliqué en introduction. Elles se sont rendues compte que, sur un certain nombre de biens, la cession n'est pas adaptée et elles ont redécouvert le recours au droit réel. C'est aujourd'hui un outil qui se systématisé de plus en plus pour de multiples raisons : soit parce que, quand vous êtes une collectivité, vous êtes propriétaire d'un bien symbolique dont vous ne voulez pas vous départir, soit parce que ce bien est situé à un endroit stratégique et vous voulez le contrôler dans le temps, soit, et c'est la réflexion actuelle de l'établissement public de la Défense EPADESA, parce que ces biens se valorisent tellement au fil du temps que vous souhaitez en conserver la propriété pour, à terme, retrouver la plus-value nécessaire ou parce que la conservation de la propriété va éventuellement vous permettre de diminuer le coût du foncier. Tout le monde a lu les déclarations de Jean-Yves Mano dans la presse, souhaitant utiliser les baux à construction et les baux emphytéotiques en vue de diminuer le coût de l'immobilier à Paris. On voit donc très bien que tous ces outils se développent. C'est un premier constat.

Ces outils sont-ils aujourd'hui totalement adaptés ? Je répondrai que non. Ils sont certes utilisés, ils sont importants et on ne peut que se féliciter des lois de 1988⁶¹, de 1994⁶², de 2010⁶³ ainsi que des autres textes intervenus. Mais il est nécessaire qu'il y ait une réflexion de fond, qui n'a jamais eu lieu, sur ces outils, sur leurs objectifs, dans la perspective d'une refonte totale du droit, tant sur le domaine privé que sur le domaine public. Pour l'illustrer, je vais donner trois exemples qui me semblent importants.

61 Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation préc.

62 Loi n° 94-637 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public préc.

63 Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 préc.



Le premier exemple qui m'occupe depuis quelques semaines, et qui me tient très à cœur, est celui de la Cité internationale universitaire de Paris. Cet ensemble immobilier souffre, depuis de nombreuses années, d'une difficulté importante en matière foncière. Il y a une sorte d'imbroglio foncier. Il y a trois propriétaires : les universités, l'État et la ville de Paris, et cela est géré par la Fondation de la Cité internationale universitaire. Toutes ces personnes, depuis quelques mois, essayent de trouver une solution pour redonner une cohérence foncière à cette Cité internationale, notamment pour permettre son développement et la construction de nouvelles maisons. Cela fait des années que de nouvelles maisons n'ont pas été construites, en partie à cause de cet imbroglio. Un des éléments permettant de le résoudre serait de consentir sur un bâtiment un droit réel à la ville de Paris. Dans un premier temps, la question s'est posée de savoir qui était propriétaire de ce bâti, et après de nombreuses exégèses des textes, on s'est rendu compte que ce sont les universités de Paris qui en sont propriétaires. On a ensuite examiné la nature juridique de ce bâtiment et un avis du Conseil d'État a considéré qu'il dépendait du domaine public. Enfin, on s'est penché sur le projet de la ville de Paris qui souhaite utiliser ce bâtiment pour une opération de logement social. Se posait donc la question de savoir quel type de droits réels les universités vont pouvoir consentir à la ville de Paris. Or, il s'avère que le bâtiment est en très bon état, que certes, on va refaire les moquettes, on va remettre de la peinture, on va peut-être refaire quelques salles de bains, mais on ne va sûrement pas faire une opération lourde de démolition-reconstruction ou de réhabilitation. Et le blocage apparaît ici car nous ne disposons pas d'outils adaptés à cette opération, ce qui est extrêmement ennuyeux.

En effet, si le terrain avait été la propriété de l'État, on aurait eu un très bel outil qui aurait été le BEA de valorisation de juillet 2010. Mais le bâtiment appartient à un établissement public que la loi n'a pas autorisé à recourir au BEA de valorisation. Or, il n'y a aucune justification de quelque nature que se soit pour que les universités ne bénéficient pas de ce BEA de valorisation. En outre, il est important de souligner qu'un des éléments de l'équilibre économique de cet échange est que le loyer à payer soit un loyer capitalisé. Or, on se trouve sur le domaine public et, sauf pour le BEA de valorisation, la possibilité de loyers capitalisés n'existe pas. On trouvera certes une solution mais cela révèle bien qu'aujourd'hui, il y a un véritable manque en la matière.

Deux autres exemples. Tout d'abord, prenons le cas d'une collectivité locale importante qui est propriétaire d'un bâtiment prestigieux qu'elle souhaite conserver pour que s'y installe un hôtel. Cette collectivité souhaite en tirer un maximum de bénéfices dans le cadre de la cession de droits réels qu'elle va réaliser. Elle souhaite rester sur son domaine privé et que l'opérateur privé puisse recourir à l'hypothèque de manière totalement libre, contrairement aux contraintes qu'il aurait subies dans le cadre d'un BEA ou d'une AOT constitutive de droits réels. Quel est le bon outil ? En effet la collectivité veut contrôler un certain nombre de choses. Elle veut que ce soit un hôtel, que cet hôtel soit un hôtel quatre étoiles et avoir le choix du propriétaire. En outre le bien est un monument historique, bâtiment qui probablement ne pourra pas faire l'objet d'une réhabilitation lourde permettant d'entrer dans le champ de l'AOT ou du bail à construction. La collectivité se trouve



donc devant un blocage important, même avec la nouvelle version de l'article L. 1311-2 du CGCT évoquée à l'instant. Si le propriétaire avait été l'État, il aurait eu une solution dans le cadre du BEA de valorisation qui, sur le domaine privé, lui permet d'avoir le BEA qu'il souhaite avec des clauses à la carte.

Dernière exemple et je serai peut-être un peu iconoclaste. On constate que les collectivités locales, de plus en plus quand elles mettent en œuvre des opérations d'aménagement, font appel à des opérateurs privés : soit de purs aménageurs privés soit, souvent, des sociétés d'économie mixte (SEM) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA). Or, je trouve dommage que les SEM et les SPLA, notamment dans le cadre d'une opération d'aménagement sur des terrains où il est nécessaire, non pas de se départir de la propriété, mais éventuellement de consentir un droit réel, ne puissent pas utiliser, par exemple, un BEA de valorisation puisqu'à terme, ce sera la collectivité qui récupérera le contrat. Je trouve cela très dommage. J'ai eu par exemple à traiter de ce sujet en matière de photovoltaïque, sur la Halle Pajol à Paris, où l'on a fait des montages juridiques abracadabrants, parce que la SEM propriétaire ne pouvait pas consentir un BEA aux opérateurs photovoltaïques. Or, je trouve cela vraiment dommage et cela fait sans doute partie des problèmes à résoudre.

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Ces cas sont très intéressants car ils montrent, comme la doctrine l'avait déjà constaté, le caractère tout à fait parcellaire, épars, de solutions *ad hoc*. Mais, même ces solutions *ad hoc*, dont on pourrait penser qu'elles sont pragmatiques et adaptées, ne fournissent pas, dans bien des cas, des solutions opérationnelles. C'est là que l'on voit la difficulté. Ce sont des difficultés presque de fond et pas tellement d'organisation du paysage. Cela appelle sans doute une réflexion d'ensemble, peut-être plus axée sur les modalités de financement, la véritable construction des droits réels qui constituera l'objet de ma troisième question. Avant de l'aborder, nos utilisateurs de la réglementation peuvent-ils évoquer d'autres difficultés ?

Sophie Boissard

*Directrice générale de Gares et Connexions
membre du comité exécutif de la SNCF*

Je vais paraître en décalage mais, pour ma part, je dirais que j'ai les outils qu'il me faut. C'est sans doute parce que nous avons un patrimoine globalement très dégradé. Nous sommes assez rarement dans la situation de la Cité universitaire qui est un bâtiment en excellent état, dans lequel on se demande comment y faire faire du logement social sans pouvoir recourir à l'outil du BEA de valorisation.

Aujourd'hui, nous recourons principalement aux conventions d'occupation temporaire, assorties ou non de droits réels. Le régime juridique tel que défini par les textes législatifs et réglementaires, est relativement succinct. Nous sommes conduits à adapter cet outil contractuel mais je trouve que cela a beaucoup de vertu car on arrive avec un seul outil à faire de toutes petites occupations pour



des durées limitées, de type occupation saisonnière, sur tel ou tel parvis de gare, et des opérations beaucoup plus lourdes. Par exemple, la plus grosse opération réalisée jusqu'à présent est la rénovation de la gare Saint-Lazare au moyen d'une convention d'occupation temporaire de 40 ans, assortie de droits réels, qui permet au titulaire de cette convention de sous-concéder des espaces à des opérateurs commerciaux. Cela nous permet de faire réaliser 10 000 m² de surface commerciale qui seront exploités. La SNCF conserve un droit de regard sur le type d'occupation et il ne se passera pas n'importe quoi n'importe comment. Au bout de quinze ans, le droit est rachetable et les conditions dans lesquelles la SNCF pourrait être conduite, pour des motifs d'intérêt général, à revenir sur cette convention, ont été stipulées précisément, avec notamment des modalités d'indemnisation du titulaire de la convention. De plus, dans le cadre de cette convention, l'opérateur a pris à sa charge une partie de l'opération de rénovation de la gare, pour 160 millions d'euros. Au final, la SNCF a réussi à partager le fardeau de la rénovation de cette gare.

Cet outil de la convention d'occupation temporaire assortie de droits réels a donc permis de réaliser une opération très ambitieuse, de lever les financements et de s'accorder sur un programme d'ensemble qui, à mon avis, apporte satisfaction aux deux parties. Pour la réalisation des travaux, on s'est mis d'accord avec notre partenaire. Ce dernier passe par le biais d'une convention immobilière, là où en ce qui nous concerne, nous passons par les règles classiques de la commande publique pour les travaux qui restent sous notre maîtrise d'ouvrage. On a de plus réussi à s'accorder sur un maître d'œuvre commun. On a donc une opération qui est cohérente en termes opérationnels et qui, finalement, a permis de lever des financements tout à fait intéressants.

J'ai encore un exemple récent en tête. Dans le cadre de la restauration du parc immobilier de Pôle emploi, on a identifié avec d'autres collectivités publiques des terrains non bâtis à proximité des gares sur lesquels on accorde des conventions d'occupation temporaire de longue durée, par exemple à Dreux pour 20 ans. La convention a été consentie pour vingt ans à la commune qui a fait édifier par sa SEM un bâtiment du tertiaire dans lequel elle va loger Pôle emploi avec une sous-convention d'occupation, consentie selon des conditions qui sont assez proches de ce qu'un bail immobilier classique aurait permis. Nous récupérerons, à l'issue des vingt ans, le bâtiment en parfait état d'entretien et de fonctionnement. Il s'agit là encore d'une opération de valorisation à long terme qui nous permet finalement de faire fructifier un bien qui, jusqu'à présent, était en état de quasi-abandon avec des bâtiments qui n'étaient plus utiles pour le fonctionnement de la gare. Or, cela a été fait par un montage contractuel qui, encore une fois, repose avant tout sur la convention d'occupation temporaire.

En outre, nous avons eu l'occasion de travailler avec Michèle Raunet pour regarder, dans des cas où il n'y aurait pas de travaux lourds à réaliser, ce qui vu l'état du patrimoine est assez rare, si le BEA de valorisation pouvait être utilisé par la SNCF. Effectivement, telle qu'est rédigée la loi, nous ne le pouvons pas. Nous sommes certes affectataires d'un domaine public d'État, mais nous y exerçons tous les droits et obligations du propriétaire. Nous n'entrons donc pas dans le champ de ce dispositif, ce qui est regrettable.



Un dernier élément d'évolution du régime juridique, sur lequel je trouve que notre système est aujourd'hui imparfait, concerne les opérations qui mettent en jeu essentiellement des personnes publiques, notamment des collectivités territoriales. Je pense notamment à des opérations de valorisation de long terme, qui sont souvent des opérations immobilières. A Rennes, la SNCF est à la fois engagée dans une opération de restructuration lourde de la gare avec tout autour de la ville, la création d'une ZAC de plusieurs dizaines de milliers d'hectares. Nous avons, dans cette zone, des emprises foncières qui sont tout à fait importantes. Dans l'hypothèse où la ville choisirait de mener cette opération au moyen d'une SPLA, nous serions très gênés car nous ne pouvons pas, en l'état actuel du droit, entrer au capital d'une SPLA pour nous associer avec la ou les collectivités ou leurs groupements dans cette opération à parité. On n'a pas aujourd'hui un outil de type société de projets publics qui permettrait d'associer, sur un site donné, des collectivités locales et des établissements publics nationaux comme celui de la SNCF.

Cela constitue un manque dans la législation, surtout dans un contexte où ces opérations de restructuration urbaine se multiplient et vont s'étaler sur plusieurs années. On risque de se trouver dans une situation, que je rencontre de plus en plus souvent, où finalement, le foncier de l'État affecté à ces établissements publics, vu sa dégradation actuelle, est considéré par les collectivités locales comme un bien un peu en déshérence et gratuit, qu'elles estiment pouvoir finalement récupérer par le biais de cessions en l'état, sans du tout associer d'une manière ou d'une autre, à long terme, ces opérateurs d'État à la valorisation future de ces biens. Ce n'est pas une situation satisfaisante.

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Nous avons compris que Sophie Boissard était favorable à la convention d'occupation temporaire car il est vrai, en tous cas dans les situations qui nécessitent des travaux importants, que c'est un instrument simple, très souple et dans lequel on peut mettre beaucoup de choses. C'est un cadre contractuel qui a la souplesse qui manque aux différents BEA que nous avons vu fleurir récemment.

Pierre-Éric Spitz

Directeur des affaires juridiques de la ville de Paris

Je partage le point de vue de Sophie Boissard plutôt que celui de Michèle Raunet. Je ne peux pas dire que la ville de Paris soit insatisfaite des instruments mis à sa disposition. D'abord, la ville de Paris utilise beaucoup, à la fois la convention d'occupation domaniale et le bail emphytéotique administratif. Ce sont deux instruments qui, pour nous, sont très importants. Par ailleurs, il y a bien d'autres instruments pour la valorisation du domaine public, comme le marché public. Par exemple, le marché public *Vélib'* qui, à la fois, nous permet de faire exploiter sur le domaine public viaire les panneaux de publicité et d'avoir une flotte de vélos en libre-service, est évidemment tout à fait capital. Le fait qu'il s'agisse de marchés de services avec abandon de recettes nous a permis de valoriser notre domaine public



de manière très importante⁶⁴. Par exemple, le marché *Vélib'* a pu nous rapporter une grande notoriété et d'importantes recettes. En effet, les recettes des usagers reviennent à la ville de Paris et l'augmentation de la redevance d'occupation domaniale a été considérable puisqu'elle a été multipliée par trois alors que les panneaux, eux-mêmes, diminuaient de 2000 à 1600. Donc, l'instrument du marché public est, de ce point de vue-là, aussi très important pour la valorisation du domaine public.

Il est cependant vrai que la ville de Paris, comme la SNCF, est confrontée à un patrimoine qui doit faire l'objet de très gros travaux, soit de mise aux normes, soit de restauration ou de valorisation, et qu'à cet égard, nous pratiquons beaucoup la convention d'occupation du domaine public. La convention d'occupation du domaine public est un instrument souple. Toutefois, par exemple à Roland Garros, où l'on vient d'octroyer une convention d'occupation domaniale de 99 ans avec des travaux qui vont être faits par l'occupant de l'ordre de 230 à 270 millions d'euros, je veux bien que ce soit dans ce cas un instrument souple, mais l'occupant qui va faire pour 273 millions d'euros de travaux n'apprécie pas ce que vous appelez « souplesse », c'est-à-dire de pouvoir mettre fin à la convention quand on veut parce que les occupations sont précaires. Donc l'enjeu ne porte pas tellement sur l'instrument juridique lui-même mais sur les clauses qu'il va falloir négocier avec l'occupant : celles-ci vont être extrêmement dures pour le propriétaire du domaine qui, en cas de résiliation de la convention dans l'intérêt général, devra indemniser l'occupant. Par conséquent, la souplesse de la convention d'occupation du domaine public a des avantages mais elle a aussi des inconvénients très importants.

S'agissant de l'autre instrument très utilisé qu'est le BEA. Je pense également que c'est moins la question de l'instrument juridique que celle de la négociation des clauses qui est importante. En effet, le BEA, tel qu'on l'utilise aujourd'hui à la ville de Paris, est proche d'un contrat de partenariat, c'est-à-dire qu'il permet de faire financer des grands équipements publics par des personnes privées. Au fond, on pourrait imaginer que l'instrument essentiel pour atteindre cet objectif soit le contrat de partenariat. Mais dans le contrat de partenariat, la personne publique paye un prix car c'est un marché. Et ce prix est non négligeable : il est en quelque sorte la contrepartie de l'emprunt bancaire fait par les personnes privées, à des taux très différents de ceux qui peuvent être consentis à la personne publique. Nous sommes donc assez réticents à recourir au contrat de partenariat, d'autant que le BEA est finalement un instrument qui s'en rapproche très sensiblement et permet de négocier des clauses extrêmement proches du partage des risques prévu dans le contrat de partenariat. Certes, cette négociation n'est pas simple car il faut discuter de la contractualisation de tous les risques. Ces risques, dont la juridiction administrative indemnise la survenance *ex post*, avec le fait du prince, la force majeure, les aléas de toute nature, il faut les discuter *ex ante*. Il faut, en d'autres termes, contractualiser ce que l'on ne faisait en réalité qu'indemniser *ex post*, au cas où le contrat devait être interrompu pour telle ou telle raison.

Donc, pour la ville de Paris, la question porte moins sur notre insatisfaction quant aux types de contrats dont on dispose que sur celle de la sécurité juridique des

64 CE Ass., *JC Decaux*, 4 novembre 2005, n° 247296 et 247299.



clauses que l'on peut accepter. En effet, au fond, la grande question, véritablement à l'ordre du jour pour des contrats qui impliquent des dizaines de millions d'euros, est celle de savoir si le projet est « *bancable* » pour l'occupant ou pas. Or, pour qu'il soit « *bancable* », la ville discute avec un preneur mais, en réalité, il y a aussi une troisième personne qui intervient à l'arrière plan du projet, à savoir le banquier, avec lequel vous ne discutez pas. Or, votre preneur vous dit que le banquier veut telle ou telle chose alors que vous n'avez jamais rencontré ce banquier, qui veut vous faire signer une convention tripartite de financement au cas où vous interrompiez le projet, par exemple, suite à un changement de législation ou de réglementation. Ainsi, le banquier pourrait vouloir et exiger que, à la première échéance d'emprunt non honoré, le contrat soit résilié. Or, quand on se trouve dans une DSP, il faut assurer la continuité du service public et je pense que le banquier ne peut exiger que le service public s'interrompe car le pouvoir d'assurer la continuité du service public est un des privilèges de la personne publique. Par conséquent, le problème est moins de faire une sorte de « jardin à la française » où on verrait très bien quelles sont les catégories juridiques de contrats auxquelles il faut recourir, que de garantir la sécurité juridique par la négociation des clauses que l'on peut accepter.

Hervé Barbaret

Administrateur général du Louvre

Au Louvre, nous réalisons peu d'opérations de grande dimension pour lesquelles ces outils sont mis en œuvre. Néanmoins, s'agissant des limites à la valorisation, il convient d'en évoquer les aspects juridiques et éthiques. Il est vrai qu'avant toute chose, valoriser le domaine revient à se poser la question de savoir si un partenaire privé, à travers son activité, fait quelque chose qui est éthiquement acceptable par une institution comme le musée du Louvre. Cette préoccupation est naturellement au cœur de toutes les décisions que l'on a à prendre dans le cadre d'un partenariat, quel que soit le montage juridique ou l'activité. Par exemple, le mécénat, qui n'est pas codifié au CGPPP, est une convention qui relève des dispositions de la loi du 12 août 2003⁶⁵. Un débat, ayant donné lieu à début de polémique, a porté sur le nommage des salles muséographiques. La Cour des comptes a affirmé que dans les années 2000, le Louvre avait spontanément accepté que des entreprises donnent leur nom à des salles patrimoniales du musée, ce qui est éthiquement totalement contraire à ce qui se fait au Louvre. Nous considérons cette accusation comme insuffisamment documentée et nous la contestons. Le nommage des salles relève de toute une série de principes éthiques, faisant d'ailleurs l'objet depuis 2003 d'une charte qui les définit de manière précise et qui montre bien que toute action de valorisation doit s'inscrire dans ce cadre général, sous le contrôle attentif de nos autorités de tutelle et des représentants du personnel.

Mais, pour revenir à la question relative aux limites juridiques plutôt qu'éthiques à la valorisation, on peut évoquer tout un écosystème juridique, qui sort de la stricte application du CGPPP. La limite à la valorisation du domaine recouvre toute une série de réglementations qui peuvent porter sur la sécurité incendie : accessibilité des personnes handicapées. Le code du patrimoine dans un environnement

⁶⁵ Loi n° 2033-709 du 12 août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations.



classé comme le domaine du Louvre et du jardin des Tuileries. Par exemple, le restaurant *Café Reale*, situé dans le jardin des Tuileries, est un espace restreint qui a néanmoins dû faire un investissement considérable pour que les personnes à mobilité réduite aient accès aux toilettes par ascenseur. En conséquence, le *business plan* de ce restaurant s'est trouvé fragilisé pour une installation qui n'est en réalité que très rarement utilisée. D'une certaine façon, ces réglementations constituent une limite à une valorisation optimale du domaine.

Ce sont des réglementations dont la légitimité est parfaitement incontestable. En effet, il est certain que la sécurité incendie, l'accessibilité des personnes handicapées ou la protection du patrimoine comme les autorisations de travaux sur les monuments historiques sont indispensables. On observe parfois que ces réglementations se heurtent, avant même toute contradiction éventuelle avec le souhait de valorisation du patrimoine. Ces oppositions de droit peuvent se révéler complexes. Elles nécessitent beaucoup de réflexions et, surtout, de dialogues avec les autorités en charge de l'application de ces règles : pour les monuments historiques, le conservateur régional des monuments historiques ou notre architecte des bâtiments de France, la préfecture de Police pour ce qui relève de la sécurité incendie et de l'accessibilité... On s'aperçoit au bout du compte que ces contraintes ne sont pas dirimantes, l'important étant que le dialogue se noue de manière constructive et intelligente. Au total, en pratique il est rare de se trouver dans des situations dans lesquelles la valorisation est empêchée même si, à la marge, certaines insatisfactions peuvent émerger.

Sur le plan de l'outillage juridique permettant de valoriser le domaine, on utilise des DSP, des conventions d'occupation temporaire voire des systèmes contractuels dont le dispositif est un accord intergouvernemental, par exemple, pour le Louvre Abou Dabi. Nous disposons ainsi d'un large spectre d'outils juridiques qui permet, pour une situation donnée, d'identifier le montage le plus adapté. Je ne connais pas de situation dans laquelle nous ayons connu une situation de blocage pour des raisons exclusivement juridiques.

Christine Maugüé

*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux du Conseil d'État*

Deux choses m'interpellent. Tout d'abord, le fait qu'il existe une multitude d'instruments, et les interventions l'ont largement rappelé : des instruments aussi bien purement domaniaux que des contrats ayant des incidences domaniales. Dans ce cadre, on a l'impression que les personnes publiques ont presque l'embarras du choix et il est vrai que le CGPPP a accentué ce phénomène en élargissant aux collectivités territoriales des possibilités dont elles ne disposaient pas. Le législateur vient encore de prendre le relais en autorisant l'État à passer des BEA alors que, jusque-là, le BEA était réservé aux collectivités locales. On a ainsi l'impression d'une espèce de floraison d'instruments.

Je souscris également tout à fait à ce qui a été dit précédemment sur la souplesse de ces instruments car on n'a pas du tout de cahier des charges « type » ou quoi



que ce soit, on a donc une énorme place pour la liberté contractuelle et pour la négociation.

Néanmoins, en même temps, ce qui m'interpelle également est que, nonobstant cette palette d'instruments, le législateur continue à intervenir et à en rajouter avec, à chaque fois, des cas particuliers dont la justification ne peut que laisser perplexe. Souvent, le législateur intervient pour dire ce qui est déjà possible mais il institue quand même une loi spéciale, ce qui est le cas, par exemple, pour le BEA sur les installations sportives résultant d'une loi de 2009⁶⁶. Tout cela conduit à une assez grande confusion et, au bout du compte, peut-être, à une difficulté pour disposer d'un panorama d'ensemble. En même temps, on découvre, comme l'a dit Michèle Raunet, qu'il subsiste quand même des « manques juridiques » et cela ne me surprend pas car, à force d'avoir une multiplicité de « collages particuliers », on finit par perdre un peu la vision d'ensemble.

Donc, le rapprochement de ces deux aspects, un peu en contradiction, est à relever. On constate dès lors ce cheminement d'une très grande variété d'instruments juridiques et une multiplicité aussi de cas particuliers pour finalement parvenir aujourd'hui, au bout du compte, à une réelle difficulté pour une vision d'ensemble.

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Au-delà de l'encadrement juridique et des instruments juridiques qui nous sont offerts, c'est l'importance du modèle économique, derrière l'opération, qu'il faut également relever. On ne peut pas s'abstraire de l'équilibre économique, de la façon dont les engagements de longue durée vont fonctionner.

Le deuxième aspect important, souligné par Christine Maugué, résulte du fait que les instruments disponibles, suite à l'intervention du législateur, ont tous besoin d'être complétés par des dispositions contractuelles spécifiques destinées à les adapter à chaque situation. Or, ces dispositions contractuelles vont souvent très loin dans l'adaptation.

Le troisième aspect, qui a été abordé mais sur lequel on va peut-être revenir après les questions de la salle, est celui que parfois, comme l'a dit Pierre-Éric Spitz, il y a des partenaires « cachés » ; le contrat se signe entre la collectivité et l'opérateur mais derrière l'opérateur, il y a « le tour de table » et là entre en jeu toute une série d'autres types de conventions qui n'ont plus rien à voir avec le droit du domaine.

Je laisse la parole à la salle.

⁶⁶ Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.



Témoignages et échanges avec les participants

Bruno Cheuvreux

Je souhaiterais revenir sur ce que disait Pierre-Éric Spitz précédemment sur le « jardin à la française ». Je crois que vous avez tort et qu'il faut nécessairement unifier ces instruments car il y a une personne que nous oublions, c'est l'opérateur. Or, les opérateurs sont complètement perdus à l'heure actuelle du fait même de la multiplicité des régimes. Je suis convaincu qu'il faut réussir à donner une cohérence générale à la multiplicité de ces régimes, ne serait-ce que pour qu'il y ait une lisibilité pour le marché. En effet, s'il n'y a pas de lisibilité pour le marché, il n'y a pas d'opération.

Pierre-Éric Spitz

Nous ne rencontrons pas la question de l'insécurité juridique des opérateurs très souvent. Que ces opérateurs soient perdus, je n'en suis pas tout à fait sûr, car quand je vois les exigences qu'ils manifestent, cela témoigne qu'ils savent assez exactement ce qu'ils veulent. La question de savoir s'il faut rationaliser l'ensemble des contrats mis à disposition des collectivités locales, en tout cas, peut vraiment se discuter. L'autre question sur la distinction entre le financement de projets et le financement *corporate* se pose, c'est évident. Ensuite, sur la question des garanties hypothécaires, je ne suis pas certain que le fait d'octroyer des droits réels soit l'alpha et l'oméga de la possibilité des financements par des occupants privés. En effet, les droits réels, la propriété, sont difficilement mobilisables et on s'aperçoit que la négociation des contrats porte plus sur le fait de savoir qui capte les flux financiers d'un contrat plutôt que sur les droits réels. La question est la réduction de tous les aléas, c'est-à-dire la possibilité pour la personne publique de résilier, si l'environnement juridique vient à changer, l'exploitation qu'on avait prévue mais qui n'est en réalité pas à la hauteur de ses attentes. Donc, il faut s'attacher à analyser tous les aléas qui peuvent affecter le contrat et qui peuvent faire l'objet d'une contractualisation *ex ante*. De ce point de vue là, je ne sais pas exactement ce que, au regard de la jurisprudence administrative, les collectivités publiques peuvent accepter comme contraintes qui leur sont imposées en contrepartie du financement qui leur est apporté.

Question générale - *Le Conseil d'État vient de rappeler dans un arrêt récent, qu'il n'y a pas de fonds de commerce sur le domaine public⁶⁷. Comment bâtir des modèles économiques en l'absence de valorisation d'une certaine manière du fonds de commerce ? Ne peut-on pas réfléchir à un fonds de commerce spécial pour le domaine public ?*

Hervé Barbaret

Évaluer la qualité d'un exploitant devient très relatif lorsque des droits réels existent. Bien sûr, comme l'a dit précédemment Pierre-Éric Spitz, il n'est guère possible de parler de précarité ou de révocabilité à un concessionnaire qui a fait

⁶⁷ CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, n° 323924.



240 millions d'euros de travaux. En contrepartie, accepter que se crée un fonds de commerce, conduit la personne publique à se retrouver pratiquement pieds et poings liés face au titulaire qui peut faire évoluer son activité, voire céder le fonds de commerce. Cela crée toute une série de contraintes qui s'opposent au pouvoir de la personne publique de juger de la qualité du prestataire et de ce que celui-ci va proposer à son public. Donc, il convient, *a minima*, de maîtriser ce type de droits qui relèveraient du droit commercial, et de l'éviter le plus possible.

Sophie Boissard

Je pense que la question est aujourd'hui très pertinente car elle freine un certain nombre d'opérateurs, en particulier des commerces indépendants, pour une installation sur le domaine public. Or, en réalité, il existe des moyens contractuels d'y remédier. Si, dans une convention d'occupation, on prévoit, à sa sortie, une indemnité qui est représentative de la valeur du fonds de commerce, sachant qu'il faut se mettre d'accord sur le barème à retenir, on apporte à l'opérateur, au commerçant qui va s'installer les mêmes garanties que celles qu'il aurait eu en conservant son bail de l'autre côté de la rue. En effet, ce qui l'intéresse derrière cet outil, c'est de pouvoir revendre lorsqu'il cesse son activité. C'est vraiment un problème patrimonial. Aujourd'hui, c'est généralement le parti que l'on a retenu pour justement arriver à avoir une mixité d'opérateurs et ne pas uniquement avoir à faire à des grands ensembliers qui, eux, ont vraiment construit leur modèle économique sur les outils propres au domaine public et n'ont donc absolument pas cette problématique du fonds de commerce dans un modèle économique.

Etienne Fatôme

Je voudrais dire un mot sur le problème de la diversité des autorisations d'occupation du domaine public. On constate que, s'agissant des autorisations constitutives de droits réels, le législateur a toujours éprouvé le besoin de subordonner la possibilité d'y recourir à des conditions spécifiques. Par exemple, s'agissant du BEA de valorisation, il faut que le BEA, comme Michèle Raunet l'a rappelé précédemment, soit conclu en vue de la restauration, de la réparation ou de la mise en valeur du bien. S'agissant du bail de droit commun pour les collectivités locales, il faut qu'il soit conclu en vue de l'accomplissement d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général. S'agissant des AOT constitutives de droits réels sur le domaine public de l'État, il faut qu'elles soient conclues en vue de la réalisation de constructions. Or, malheureusement, on constate que l'interprétation de ces notions est source de grandes difficultés. On ne sait pas très exactement où commence et où s'arrête l'opération d'intérêt général dont on a besoin pour pouvoir conclure un BEA pour les collectivités locales. S'agissant du BEA de valorisation, on constate que le législateur emploie ce terme de valorisation mais qu'en même temps, dans le même texte, il donne trois éléments dont on peut penser qu'en réalité ils doivent être pris en considération pour savoir si l'on est dans l'une des hypothèses de valorisation qui permettent de recourir à ce BEA. Autrement dit, je crois que l'on a un problème de champ



d'application qui est relativement redoutable et qui est, malgré tout, source d'insécurité juridique.

Je souhaiterais faire une deuxième remarque. J'ai été frappé de constater que le domaine privé était très absent des diverses interventions qui ont été faites autour de cette table ronde. Or, si on reprend les exemples de Pierre-Éric Spitz, on constate que, dans un certain nombre d'hypothèses, la volonté de la collectivité publique, notamment locale, de faire supporter par le privé le coût de réhabilitation, de rénovation d'un immeuble communal, conduit la collectivité à décider notamment de ne plus gérer l'équipement en cause dans le cadre du service public mais à le gérer en dehors du service public. Personnellement, je trouve cela très bien, c'est le cas type de l'affaire *Jean Bouin*. Mais la question qui se pose alors est celle de savoir si cette valorisation qui va être effectuée en dehors du service public peut toujours être faite dans le cadre de la domanialité publique. Autrement dit, est-ce que ce bien, qui cesse d'être affecté au service public, peut rester dans le domaine public et faire l'objet d'une valorisation à l'aide des instruments de la domanialité publique ou est-ce qu'on ne devrait pas, dans cette hypothèse, et Pierre Delvolvé l'a évoqué en commentant dans un de ses articles le CGPPP⁶⁸, décider que le bien doit sortir du domaine public puisque le fondement de son appartenance au domaine public a disparu ? Je pose donc cette question sachant qu'il y a des arguments pour et des arguments contre. Ainsi, est-ce que la valorisation de biens qui ont perdu la raison qui les a fait incorporer au domaine public doit se faire ou non dans le cadre de la domanialité publique ?

Christine Maugüé

Je pense, pour cette question, que les personnes publiques ont le choix. On sait tous que, tant qu'il n'y a pas eu de mesure de déclassement d'un bien, un bien qui appartient au domaine public continue de lui appartenir.

Donc, je crois qu'une collectivité publique aurait le choix entre prendre une mesure de déclassement pour constater que le bien, finalement, n'a plus de raison de continuer à appartenir au domaine public et, dès lors qu'il s'agit de dépendances du domaine privé, avoir beaucoup plus de latitude dans le recours aux contrats envisageables, ou bien, le maintenir dans son domaine public et utiliser les instruments juridiques existants. En ce domaine, il y n'a pas de devoir ni de règles. Le maintien dans le domaine public, alors même qu'il n'y a plus de destination qui le justifie en tant que tel, n'est absolument pas une illégalité. Je crois que c'est un problème de politique domaniale, de politique immobilière des collectivités locales.

Pierre-Éric Spitz

Je rejoins tout à fait la position de Christine Maugüé car il y a un certain nombre de biens, évidemment, que l'on ne souhaite pas faire gérer en délégation de service public ou en régie. En revanche, je crois que les collectivités tiennent au maintien

⁶⁸ P. Delvolvé, *Regard extérieur sur le code*, RFDA, 2006, p. 899.



d'un certain nombre de protections qui s'attachent au domaine public lui-même et qui perdurent alors même qu'un bien ne serait plus attaché à un service public. Il s'agit, par exemple, de la destination puisque l'on sait qu'à travers un BEA ou une convention d'occupation du domaine public, on peut imposer une destination très claire, notamment pour qu'un stade soit uniquement un stade de football. Autrement dit, maintenir la destination, c'est aussi utiliser les prérogatives du maître du domaine qui ne souhaite pas qu'il y ait n'importe quelle activité. On sait bien qu'un certain nombre de baux sur du domaine privé pourront être déspecialisés et qu'on ne pourra plus contrôler, en réalité, la destination du bien. Donc, si l'on souhaite continuer à contrôler la destination, il est essentiel pour nous de le maintenir dans le domaine public.

Étienne Fatôme

C'est effectivement une option tout à fait concevable et admissible. Le problème, c'est qu'à ce moment-là, il faut que l'on cesse de dire que la justification de la domanialité publique est constituée par la protection de l'affectation et il faut admettre que la domanialité publique peut effectivement servir à autre chose. Pour ma part, je n'y vois aucun inconvénient mais je crois qu'il faut être très clair sur ce point et lever l'ambiguïté, ce que le code ne fait pas nécessairement, dans la mesure où il dit que le déclassement « constate » la désaffectation.

Philippe Terneyre

Existe-il des personnes dans la salle qui connaissent des exemples d'AOT de l'État sur le fondement de la loi du 25 juillet 1994 et, surtout, sur son décret d'application, qui est invraisemblablement compliqué et qui rend presque impossible l'utilisation de l'AOT⁶⁹ ? Ma question est quelque peu malicieuse car on constate que, alors que l'État aurait pu modifier un tout petit peu la loi de 1994 à travers le CGPPP, il a créé deux hypothèses d'utilisation du BEA. Or, ce n'est pas un hasard. Le BEA est beaucoup plus facile d'utilisation que l'AOT. Y a-t-il donc des AOT de l'État en France depuis 1994 ?

Sophie Boissard

L'opération de Saint-Lazare, que j'évoquais précédemment, est une opération prise sur le fondement de cette loi et de son décret d'application. Notre AOT est bien sûr tout à fait régulière.

Michèle Raunet

Il y en a d'autres. Par exemple, récemment, j'ai eu à traiter une cession de portefeuille avec des AOT de l'État constitutives de droits réels. Ce qui a été mis en place, et je n'y souscris pas forcément, c'est que ces AOT ont été transformées en bail à construction pour éviter justement toute une série d'incertitudes juridiques qui pesaient sur cet outil.

⁶⁹ Sur ce décret, v. Fatôme et Terneyre, *Droits réels sur le domaine public : clarification ou multiplication des interrogations* ? AJDA 1995.905.



Second thème : Le régime de la valorisation et la question des droits réels

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Je souhaiterais dire quelques mots de la question des droits réels, de leur véritable utilité et de leur consistance économique, bien que nous ayons déjà abordé le sujet. Il est assez clair que les droits réels, tels qu'ils se présentent par exemple dans les BEA, avec un certain nombre de contraintes, sont assez éloignés d'une bonne et réelle hypothèque sur un bien immobilier de type traditionnel. Mais, on a vu précédemment que par toute une série de clauses contractuelles de complément, on arrive à redonner au preneur à bail des garanties qui rééquilibrent le caractère interruptible à tout moment du bail.

Je voudrais maintenant parler des problèmes de concurrence. Dans beaucoup de cas, une occupation du domaine public ou du domaine privé par un opérateur est rentable. En effet, celui-ci en tire des avantages économiques. Je pense qu'il serait dès lors intéressant, de ce point de vue-là, de passer en revue le fonctionnement de ces différents régimes, l'autorisation, la convention, puis divers BEA, au regard du mécanisme de mise en concurrence.

Il est clair, et plusieurs articles de doctrine portent sur ce sujet, que certaines opérations comportant une convention d'occupation ou un bail emphytéotique, sont soumises, en réalité, à un certain nombre d'autres réglementations comme celles des marchés publics ou des concessions de travaux. On peut dès lors se demander, en particulier au regard de la jurisprudence communautaire, si un certain nombre de conventions d'occupation ne devraient pas également être soumises à des procédures de publicité et de mise en concurrence. En effet, actuellement, il n'y a pas légalement de publicité et de mise en concurrence pour les pures conventions d'occupation domaniale. Or, comme l'a souligné le vice-président Sauvé, il est très difficile au juge de construire un régime spécial, adapté, de son propre chef, au détour d'une décision comme celle de l'affaire du *stade Jean Bouin*⁷⁰, certes importante, mais qui touche à la possibilité pour le juge de construire de véritables réglementations.

Du point de vue pratique, je m'adresse aux différents intervenants : quelle procédure suivez-vous en fonction des différentes autorisations et des différents types d'autorisations ou baux emphytéotiques ? Que faites-vous, en-dehors des règles applicables, pour assurer une concurrence qui, par ailleurs, peut être économiquement efficace pour celui qui met le domaine à bail ?

⁷⁰ CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272, p. 472, concl. Soulay.



Hervé Barbaret

Administrateur général du Louvre

Pour le Louvre, quel que soit le dispositif juridique retenu, il y a publicité et mise en concurrence. En effet, la mise en concurrence systématique nous semble nécessaire car on estime que l'avantage qui est créé au profit du titulaire de l'autorisation ou de la convention nécessite qu'il y ait la plus grande transparence dans le choix. C'est le cas par exemple du café Marly, dont l'exploitant, connu depuis douze ans, pouvait considérer sans doute, et sans que l'on parle d'un fonds de commerce, que l'histoire, son ancienneté dans la place, justifiait la prolongation de l'exploitation sans mise en concurrence. Naturellement, il y a eu mise en concurrence : même si au final, le titulaire a été reconduit, cela s'est néanmoins fait après un dialogue serré sur les évolutions des conditions financières de cette exploitation. D'ailleurs, on en a parlé précédemment, la question se pose de savoir comment valoriser et quelles sont les manières d'évaluer l'avantage qu'obtient le titulaire de la convention. Il faut reconnaître que ce qui est très important, c'est de pouvoir rentrer dans des discussions commerciales très pointues. Comme Pierre-Éric Spitz l'a souligné précédemment, il y a effectivement une difficulté à évaluer la valeur des avantages procurés à l'occupant par son titre. Certes, nous disposons de *business plans* très construits, très convaincants, très travaillés mais qui, en réalité, n'engagent que ceux qui y croient. Il nous faut donc être extrêmement vigilants et la négociation s'avère, quelquefois, difficile. Cela étant, la mise en concurrence est fondamentale car si on ne l'effectue pas, cette négociation, en réalité, est fragilisée.

Pierre-Éric Spitz

Directeur des affaires juridiques de la ville de Paris

Pour moi, l'élément essentiel est la décision du Conseil d'État du 3 décembre 2010⁷¹ qui énonce que de « pures » conventions d'occupation domaniale ne sont pas soumises, même dans le champ concurrentiel, à des mesures de publicité et de mise en concurrence. Ce qui est intéressant, c'est justement que cela ne concerne que les conventions d'occupation domaniale « pures ». La ville de Paris s'interroge toujours sur le fait de savoir s'il s'agit d'une « pure » convention d'occupation domaniale ou non. Avant même l'article L. 1415-1 du CGCT issu de l'ordonnance du 15 juillet 2009, qui énonce que tout contrat par lequel une personne publique fait réaliser des travaux est qualifié de concession de travaux publics⁷², nous avons procédé ainsi pour la piscine Molitor et mis en concurrence le contrat. Nous n'avons pas attendu l'obligation, issue du nouvel article L. 1311-2 CGCT, de recueillir différentes offres pour le BEA, pour réaliser une mise en concurrence et une publicité, car nous pensons que c'est la meilleure manière de faire émerger la bonne offre. En effet, lorsqu'il n'existe qu'une seule offre avec laquelle « discuter », disons négocier, c'est extrêmement difficile. Aucune collectivité locale n'aime être face à un seul opérateur car elle est privée de toute marge de discussion réelle. La concurrence est, de ce point de vue là, pour les contrats administratifs qui emportent autre chose qu'une simple occupation du domaine public, c'est-à-dire des travaux

71 CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, *op. cit.*

72 Ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.



ou des services, une très bonne chose. Je suis donc particulièrement partisan d'utiliser la concession de travaux et la concession de services. Nous l'avons fait notamment pour une concession de service conclue avec l'association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC), après mise en concurrence.

Il est dans l'intérêt des collectivités de recourir à la mise en concurrence et à la publicité de leurs contrats qui vont au-delà de la simple occupation domaniale. A ce titre, j'évoquerai le fait que, le Conseil de Paris a voté, un vœu les 7 et 8 juin 2004, souhaitant que les conventions d'occupation du domaine public n'aillent pas, sauf exception, au-delà de 25 ans, qu'elles soient systématiquement mises en concurrence et qu'il y ait une publicité pour leur octroi. Voilà le cadre dans lequel on évolue. Quand on lit les conclusions du rapporteur public à propos de l'affaire *du stade Jean Bouin*⁷³, il y a clairement un appel au législateur pour dire quelles doivent être les règles en la matière. Les situations sont en effet très disparates, ce que Christine Maugué avait d'ailleurs souligné dans un de ses commentaires sur le CGPPP à l'AJDA⁷⁴. Imposer uniformément des publicités et des mises en concurrence pour des conventions d'occupation domaniale est très difficile et relève, à mon avis, de la compétence du seul législateur.

Sophie Boissard

*Directrice générale de Gares et Connexions
membre du comité exécutif de la SNCF*

Comme je le disais toute à l'heure, l'activité de gestion de gares est une activité à double face. Le cœur même de cette activité est de mettre à la disposition des opérateurs de transports des espaces répondant à leurs besoins. Dans ce cadre-là, on est amené à conclure, par exemple, des conventions d'occupation privative du domaine public pour implanter notamment, des distributeurs automatiques de billets, voire des locaux plus importants de prise en charge des voyageurs ou encore des locaux techniques. Pour ce type de contrats, la problématique est un peu inverse de celle qui a été décrite et évoquée par les intervenants précédents. En effet, pour ces opérateurs c'est presque un droit d'avoir cet espace si l'organisation matérielle s'y prête. Dans ce cas, on a une politique tarifaire prédéfinie en fonction des coûts ou du niveau de loyers dans la zone. Il n'y a pas lieu de mettre en concurrence ces utilisateurs ou ces occupants potentiels avec d'autres types d'utilisateurs. Ce sont eux qui priment, c'est assez logique.

Néanmoins, le nombre d'opérateurs sur ce marché du transport ferroviaire ou des autres modes de transport public qui utilisent également les gares est encore relativement restreint. Nous n'avons pas encore été confrontés à la situation où deux opérateurs de transports convoitent un même espace. A ce moment-là effectivement, il faudra que l'on organise les conditions de choix entre ces deux demandes ou plus vraisemblablement, d'articulation entre elles. Quand je regarde comment cela fonctionne hors de nos frontières, que ce soit en Espagne, en Italie, en Allemagne, en Grande-Bretagne où la concurrence est effectivement

⁷³ CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272, à publier au Recueil.

⁷⁴ V. Maugué et Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA, 2006, p.1073.



plus développée sur ce segment, on est effectivement plutôt dans des discussions entre utilisateurs de la gare, pour ensuite arriver ensemble, sous le contrôle d'une autorité de régulation sectorielle, à se mettre d'accord sur la meilleure répartition possible ou la meilleure gestion de la pénurie d'espace entre les différents utilisateurs du site. Donc ce que je décris concerne une activité vraiment régulée. C'est très particulier à l'activité dont j'ai la charge.

S'agissant maintenant des conventions d'occupation avec des opérateurs économiques classiques, la SNCF va chercher à en tirer un bénéfice financier, le meilleur possible, dans le cadre d'une politique de services, encore une fois, prédéfinie. Concernant le bénéfice financier, pour donner une idée du modèle économique, aujourd'hui, ces redevances commerciales sont estimées à 126 millions d'euros par an de recettes pour la SNCF, sachant que l'investissement en fonds propres que finance la SNCF chaque année, uniquement dans son périmètre « gare », est de 170 millions d'euros. C'est évidemment un complément bienvenu mais il n'est pas à la hauteur d'un niveau d'investissement satisfaisant. En effet, à mon sens, compte tenu des obligations de mise aux normes d'accessibilité, des questions environnementales et, globalement, de mise en état d'un patrimoine qui est parfois très dégradé, le niveau d'investissement devrait être d'au moins 50% supérieur. C'est en tous cas ce que nous visons.

Il y a systématiquement des mesures de publicité pour ces occupations. Néanmoins cette publicité est adaptée au type de local ou au type d'utilisation qui est proposé aux différents opérateurs. En effet, elle est très large lorsqu'il s'agit de mettre en concession les espaces publicitaires dans l'ensemble des gares en France, ou la vente de presse car, dans ces cas, on a une logique nationale de manière à s'assurer que l'on a desservi le maximum de sites possibles, des sites déficitaires comme des sites très fréquentés. La publicité est beaucoup plus restreinte lorsqu'il s'agit d'un local dans telle ou telle gare locale qui va intéresser seulement une association ou l'office du tourisme. Au-delà de la publicité nous organisons à peu près 70 mises en concurrence formelles par an avec un cahier des charges dans lequel nous donnons à la fois les contraintes d'exploitation du site, qui est un point très important, et le type d'usage plus ou moins précis que nous souhaitons en voir faire. Puis nous comparons les offres, notamment en fonction du niveau des redevances proposées par l'opérateur. Nous imposons maintenant de manière systématique une redevance minimale garantie pour les emplacements qui ont un intérêt économique fort.

En outre, dans un certain nombre de cas de figures, lorsqu'en particulier les travaux d'aménagement à la charge du propriétaire sont très importants, nous demandons aussi une espèce de « droit d'entrée ». Il constitue une sorte de quote-part qui nous permet d'engager des travaux que, sinon, nous aurions du mal à réaliser, compte tenu des priorités. Par exemple, on est en train aujourd'hui de recueillir les fruits d'un appel d'offres sur l'ouverture de centres d'affaires, c'est-à-dire des espaces dans les étages qui peuvent accueillir des personnes ou des sociétés, de manière durable ou au contraire ponctuelle, pour organiser des réunions, avoir des bureaux hôteliers, etc. Cela suppose des remaniements très importants, la création d'accès, la mise en accessibilité... Compte tenu de l'ampleur des investissements, nous avons



demandé dans l'appel d'offres à ce que les opérateurs intéressés versent un droit d'entrée qui nous permettra de financer ces travaux. Évidemment, la redevance proposée tient compte, dans le modèle économique, de cette avance que nous leur demandons. Alors, je pense qu'indépendamment du régime juridique, la mise en concurrence est indispensable pour ce type d'utilisation. Elle est indispensable pour garantir l'égalité de traitement des opérateurs puisque les sites sont très convoités ; elle l'est aussi pour mieux défendre les intérêts économiques de l'établissement public SNCF.

Enfin, en termes opérationnels, l'occupation du domaine public est consentie pour cinq, dix, quinze ans voire plus : c'est un « mariage » et ce n'est donc pas du tout la même logique que dans un marché, où vous définissez très exactement le service ou le bien que vous acquérez avant d'attendre qu'il vous soit effectivement livré dans l'état déterminé. L'occupation implique une relation économique de long terme. Si elle a été mal bâtie au départ, si elle est déséquilibrée, elle va mal se passer : l'opérateur ne fera pas les investissements nécessaires pour maintenir sa qualité de service dans la durée, vous serez en discussion permanente, au stade pré-contentieux, sur le point de savoir si le contrat est équilibré ou non, ou si vous, exploitant du site, avez ou non porté préjudice aux conditions d'exploitation de votre cocontractant. Donc on est vraiment dans une relation partenariale et tout le monde a intérêt à ce que l'activité soit la meilleure possible. Une procédure de mise en concurrence, assortie évidemment d'une forme de dialogue, permet, dès le départ, de bien poser les termes du contrat, les attentes de chacun, et cela ne vise pas que des considérations économiques ou financières, du moins sur le domaine public.

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

En effet, les occupations domaniales ne sont pas des marchés, ce sont des relations de long terme qui doivent être solidement bâties

Michèle Raunet

Notaire

Selon moi, c'est au niveau de la concurrence que se situe le point d'insécurité juridique majeure en matière de conclusion de contrats. La concurrence est un sujet qui soulève de nombreuses interrogations : quelle est la nature juridique du contrat ? Quel est son objet principal ? Si l'on n'est ni en présence d'un marché ni d'une concession de service, ne faut-il pas néanmoins mettre en concurrence au nom des grands principes du Traité ? Toutes ces questions révèlent des éléments majeurs d'insécurité juridique. C'est pour ces raisons, me semble-t-il, qu'il faut que le législateur intervienne, clarifie les choses, qu'il énonce un principe de mise en concurrence et des exceptions car certaines situations ne la justifient pas. Par exemple, le législateur pourrait s'inspirer du régime des cessions de l'État qui pourrait être amélioré. En effet, ce régime qui pose un principe de mise en concurrence et des exceptions fonctionne relativement bien. La mise en place



d'une obligation de publicité et de mise en concurrence pour les autorisations d'occupation domaniale permettrait de répondre aux problématiques actuelles de sécurité juridique.

Cependant, il ne faudrait pas que, notamment en matière de droits réels, on se retrouve dans la même situation qu'en matière de concessions d'aménagement où le cadre juridique est complexe voire incohérent, entraînant dès lors un nombre important de recours. En effet, il y a une belle théorie qui est celle des actes détachables, selon laquelle à partir du moment où l'acte n'a pas été publié, il est toujours attaquant, ce qui remet en question la concession d'aménagement passée il y a des années. Je ne voudrais pas non plus que mon acte notarié qui a été passé en 1990, sans mise en concurrence, puisse être remis en cause au motif que la jurisprudence aurait un caractère rétroactif. Il est donc important de poser des règles ainsi que des dérogations.

Christine Maugué

*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux du Conseil d'État*

Je souscris à ce qui a été dit, mais je souhaiterais également formuler un certain nombre de remarques. Sur l'argument de l'insécurité juridique, je crois que cette insécurité tient essentiellement aux problèmes de frontières entre les contrats et à la qualification des contrats. La décision du Conseil d'État du 3 décembre 2010 a, au contraire, contribué à dire le droit clairement lorsque l'on est en présence d'une catégorie de contrats donnée, celle de la convention d'occupation domaniale « pure », tout en appelant également à une intervention du législateur pour définir lui-même, le cas échéant, des règles. Mais, le constat du Conseil d'État est que, par voie prétorienne, il était assez difficile, alors qu'il n'y avait pas de position du juge communautaire qui l'y contraignait, de fixer des règles générales sans appui. Donc, cette intervention du législateur est certainement souhaitable, mais mon sentiment est que ce ne sera quand même pas la panacée. Certes, elle clarifiera le droit, mais je ne suis pas d'accord avec Michèle Raunet quand elle affirme que ce qui réglerait le problème de l'insécurité juridique, ce serait de prévoir systématiquement des mises en concurrence. Or, à supposer même que la loi, si elle intervient, aille en ce sens, il subsistera toujours des problèmes de frontières entre les contrats et ça ne les réglera en aucune façon.

La seule façon d'avoir une sécurité juridique « parfaite », ce serait alors d'avoir exactement le même corps de règles pour tous les contrats quels qu'ils soient. Je ne pense pas qu'on ira jusque-là. Je crois qu'il faut assumer cette insécurité juridique qui tient, à mon sens, essentiellement à cette question de définition et de qualification des contrats plus qu'aux règles qui s'appliquent aux catégories de contrats.



Michèle Raunet

Notaire

Je vais juste réagir à cela et reprendre l'exemple des cessions de l'État. Aujourd'hui, le code impose une mise en concurrence et fixe un principe ainsi qu'un certain nombre de dérogations. Quand on fait une cession d'un bien de l'État, bien évidemment, on se pose la question de savoir si la cession de ce bien est une pure cession immobilière ou éventuellement autre chose - un marché, etc. S'il s'agit d'un marché parce que l'État va imposer en même temps que sa cession une commande et des travaux, on procèdera par une mise en concurrence « marché ». Mais on va dire que la règle est posée de manière générale. En matière d'occupation, je pense que les choses ne sont pas aussi claires, et c'est cela que j'appelle de mes vœux : une clarification. Bien évidemment, on n'évitera pas les problèmes de qualification car un contrat immobilier peut avoir différentes natures juridiques.

Michel Pinault

Président de la section de l'administration du Conseil d'État

Je pense que Michèle Raunet a appelé à une rationalisation du paysage des différents instruments disponibles. Évidemment, plus l'articulation, l'unification ou la rationalisation des instruments qui seront proposés dans le cadre d'une réflexion d'ensemble sera mise en place, plus les problèmes de frontières entre les instruments juridiques seront réduits et plus il sera possible de définir le degré de concurrence qu'il faut introduire dans chacun de ces instruments modifiés, uniformisés, rationalisés, simplifiés. C'est tout un ensemble à réformer.

Pour conclure cette table ronde du matin, on constate une véritable nécessité de rationaliser le paysage des instruments disponibles, et d'appeler à une intervention législative sur le degré de concurrence qu'il faut définir, puis introduire dans chacun de ces instruments modifiés, rationalisés, simplifiés, uniformisés. C'est d'ailleurs le sens, qui n'est pas caché, de la décision du Conseil d'État sur le stade Jean Bouin.

Témoignages

Gabriel Eckert - *Sur la décision Jean Bouin, on peut a priori être surpris du discours consistant à dire qu'il n'appartient pas au juge de faire cet effort de création de règles alors que ce même juge accepte de le faire dans d'autres cas, comme pour le recours dit « Tropic »⁷⁵. D'autant que cet effort de construction ne me paraissait pas des plus difficile. En effet, n'est-il pas possible de consacrer ou d'étendre le principe de transparence tel qu'il est posé par les règles du Traité et, ensuite, de laisser aux collectivités publiques le soin de fixer elles-mêmes leurs règles de publicité, de mise en concurrence, en contrôlant a posteriori la bonne application de ces règles ? Le juge accepte de le faire pour les marchés publics, à partir d'un montant de 4 000 euros. On peut de ce point de vue-là être quelque peu gêné par*

75 CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545.



le fait que des conventions d'occupation du domaine public de plusieurs dizaines de millions d'euros, au moins pour l'activité des opérateurs publics, ne soient pas, pour leur part, soumises à des règles de publicité et de mise en concurrence préalables.

Je me demande cependant si l'enjeu n'est pas plus compliqué qu'il n'y paraît ? Si le juge avait consacré ce principe, celui-ci aurait certainement eu une portée rétroactive, selon l'application classique des règles de la rétroactivité jurisprudentielle. On peut certes objecter que le juge aujourd'hui peut limiter la rétroactivité des règles jurisprudentielles qu'il pose. Mais pouvait-il le faire s'agissant de l'application d'un principe communautaire ou d'un principe de droit de l'Union européenne ? Aussi, il faut s'interroger sur le fait de savoir si la consécration par voie jurisprudentielle interne, d'une part, de l'extension d'une règle du droit de l'Union européenne et, d'autre part, la limitation dans le temps de sa portée, n'auraient pas eu pour conséquence que toutes les conventions d'occupation du domaine public conclues auraient été contraires par conséquent aux principes du Traité. N'aurait-on pas eu là une insécurité juridique considérable qui justifierait alors effectivement l'arrêt du Conseil d'État, et l'introduction d'une règle législative qui poserait, une fois pour toute, ce principe à compter d'une certaine date comme cela a été fait en Italie, en Espagne ou dans d'autres pays de l'Union européenne.

Christine Maugué

Je n'adhérerai pas au parallèle que vous dressez avec la décision *Tropic Travaux*. En effet, cette décision concerne les pouvoirs et l'office du juge. Or, il appartient au juge de définir lui-même l'étendue de son office et de son pouvoir d'annulation ou de réformation. Dans la décision *Jean Bouin*, le problème était, me semble-t-il, différent. Il s'agissait d'imposer des règles nouvelles de procédure à des personnes publiques ou des opérateurs publics. On ne se situait pas dans le même registre. Par ailleurs, vous dites que si le Conseil d'État avait considéré dans cette décision que s'appliquait un principe de transparence, il n'aurait pas pu en limiter l'application rétroactive car il s'agissait d'un principe communautaire. Je ne suis pas non plus d'accord avec vous. S'il s'était agi d'un principe, si le Conseil d'État avait considéré qu'il existait dans cette affaire une obligation communautaire, il l'aurait appliquée. En l'espèce, c'est bien parce qu'il constatait qu'il n'en existait pas qu'il a pris cette solution. Donc, à supposer que la solution ait été inverse, elle n'aurait pas été fondée, en tous cas, sur l'existence d'une obligation communautaire. Le juge a constaté qu'aujourd'hui cette obligation n'existait pas de façon explicite et formalisée. Je ne vois pas, en outre, en quoi il y aurait eu une impossibilité de principe à appliquer la limitation du caractère rétroactif de la règle jurisprudentielle nouvelle au motif du fondement communautaire de la règle. Mais enfin, et ceci dit, les limitations à l'application rétroactive de la jurisprudence sont rarissimes et concernent toujours, et ce n'est pas un hasard, des cas où sont en cause des pouvoirs du juge comme par exemple, la décision *Tropic*, le récent arrêt sur le désistement d'action ou d'instance⁷⁶. A chaque fois, le juge use de cette faculté d'agir sur les effets de la jurisprudence à des règles qui concernent son propre pouvoir. Je ne vois donc aucune incompatibilité entre les solutions *Tropic* et *Jean Bouin*.

⁷⁶ CE Sect., 1^{er} octobre 2010, *Monsieur et Madame A.*, n° 314297.



Pierre Delvolvé

La décision *Tropic* concerne évidemment les pouvoirs du juge mais c'est également l'organisation d'un recours nouveau. Il s'agit d'une évolution des pouvoirs du juge dans le cadre d'un nouveau recours que le Conseil d'État a créé lui-même. En effet, le recours pour excès de pouvoir existe en vertu de dispositions qui sont anciennes, mais le recours dont il s'agissait dans la décision *Tropic*, le Conseil d'État l'a créé. Donc quand Christine Maugüé dit à Gabriel Eckert que le Conseil d'État n'a qu'« aménagé » les pouvoirs du juge que le juge administratif avait déjà, je ne suis pas entièrement d'accord. Le Conseil d'État a fait plus : c'est l'accès au juge qu'il a modifié.

Christine Maugüé

C'est vrai mais il s'agit cependant de la procédure contentieuse.

Pierre Delvolvé

Certes, mais dans la procédure contentieuse et la procédure pré-contentieuse, il y a quand même un élément commun qui est celui de *procédure*. Je suis bien d'accord sur le fait que l'on n'avait pas à s'occuper du droit communautaire dans l'affaire *Jean Bouin*, car on était hors de son champ d'application. Sur le fond, je suis d'accord avec la solution *Jean Bouin*. Il était sage que le Conseil d'État ne prenne pas une mesure qui relève finalement de la responsabilité du pouvoir normatif, du législateur. Mais quand même vous auriez pu, si vous aviez eu envie d'aller plus loin, vous servir d'instruments non pas communautaires mais d'instruments constitutionnels. J'en viens alors à ces formules que je n'aime pas beaucoup, je dois le dire, alambiquées, et pour lesquelles on se demande d'où le Conseil constitutionnel les tire véritablement, à savoir les principes de la « commande publique » qu'il fait découler des articles 6 et 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Il est vrai que les principes de la « commande publique », terme approximatif, ne peuvent pas couvrir les « pures » conventions d'occupation du domaine public. Mais qu'est-ce que c'est que la « commande publique » ? C'est une formule extrêmement approximative qu'on emploie maintenant « à toutes les sauces » et qui n'a aucune rigueur. Or de la rigueur, le Conseil d'État aurait pu justement en introduire un peu et, à partir des principes, peut-être pas de la « commande publique », mais des contrats publics, autour desquels le Conseil constitutionnel a « tourné », en 2003 puis en 2004, affirmer qu'il y a un principe imposant un minimum de publicité pour l'attribution de conventions d'occupation du domaine public.



De la valorisation à la cession du domaine public : Le point de vue du président de la section du contentieux

Par Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Bernard Stirn a été nommé président de la section du contentieux en 2006. Licencié en droit, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'ENA, il a rejoint le Conseil d'État en 1976. Commissaire du Gouvernement, secrétaire général du Conseil d'État, président de la 7ème sous-section de la section du contentieux, puis président adjoint de la section du contentieux, Bernard Stirn a également été rapporteur adjoint auprès du Conseil constitutionnel ainsi que commissaire du Gouvernement auprès du Tribunal des Conflits puis membre de ce Tribunal. A l'extérieur du Conseil d'État, il a exercé les fonctions de directeur du cabinet du secrétaire d'État auprès du ministre de l'Éducation nationale (1983-1984). Bernard Stirn est professeur associé à l'Institut d'études politiques de Paris et président du conseil d'administration de l'Opéra national de Paris. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, en particulier *Les sources constitutionnelles du droit administratif* et *Les libertés en questions*.

Messieurs les présidents,
Messieurs les professeurs,
Mesdames et messieurs,
Mes chers collègues,

Je suis très heureux d'ouvrir les débats de cet après-midi. Je le fais à l'heure, comme à une séance du contentieux, et il faut féliciter les organisateurs du colloque d'avoir une exactitude que l'on n'a pas toujours dans tous les colloques, surtout pour la reprise de l'après-midi !

Il m'a été demandé de faire la transition entre la matinée, consacrée à la valorisation, et l'après-midi, consacrée à la cession du domaine, avant de laisser la place à mon collègue le président Schrameck, qui va animer la table ronde qui suit immédiatement. Je le fais très volontiers eu égard à l'assistance qui est là, au sujet qui est celui de cette journée et surtout, à l'importance que les questions domaniales ont de manière constante dans le contentieux administratif.

Le domaine est incontestablement une des notions structurantes du droit administratif et, au fond, l'a toujours été à toutes les époques. Non pas que le nombre d'arrêts rendus soit considérable. Dans les tables du Recueil Lebon, la rubrique « domaine » est relativement mince par rapport à d'autres. Mais cette



rubrique, si elle n'est pas très volumineuse, est riche de grandes décisions qui ont jalonné le droit domanial et fait du domaine une notion centrale de notre droit, ce qui reflète la place qu'il occupe dans l'action publique.

Les notions fondamentales relatives à la définition et à la bonne gestion du domaine public résultent de quatre décisions de section rendues entre le début des années trente et le milieu des années cinquante. Pour la définition du domaine, il s'agit des arrêts *Marécar* de 1935⁷⁷ et *Société Le Béton de 1956*⁷⁸ ; pour sa bonne gestion, les deux décisions de principe sont *Société des autobus antibois* de 1932⁷⁹ et *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* de 1944⁸⁰.

Les principes fondamentaux exprimés dans ces quatre décisions restent très largement applicables dans le droit d'aujourd'hui. Néanmoins, des évolutions récentes traduisent au contentieux les préoccupations économiques et de bonne gestion qui sont au cœur de ce colloque. Sans remise en cause des principes essentiels dégagés de 1930 à 1950, le domaine public et ses modalités actuelles de gestion connaissent des évolutions dans les trois grandes rubriques qui forment le droit du domaine : sa **définition**, sa **protection** et sa **valorisation**.

En ce qui concerne la **définition** du domaine public, l'infléchissement est venu non pas de la jurisprudence mais des textes, avec le code général de la propriété des personnes publiques, au cœur des réflexions de la jurisprudence d'aujourd'hui, qui a substitué à la notion classique « *d'aménagement spécial* », introduite par la décision *Société Le Béton*, celle « *d'aménagement indispensable* » pour identifier l'appartenance au domaine public des biens affectés au service public. La jurisprudence ne permet pas encore de mesurer complètement la portée de cet infléchissement relativement significatif qui pourrait conduire à une certaine réduction du champ de la domanialité publique.

A quelques semaines d'intervalle, en avril 2010, une décision du Tribunal des conflits et un avis rendu par l'Assemblée du contentieux ont fait apparaître des préoccupations très actuelles touchant à la définition du domaine public. Le hasard des rôles a fait que le Tribunal des conflits a rendu le 12 avril 2010 l'arrêt *ERDF c. M. et Mme Michel*⁸¹ et l'Assemblée du contentieux, quelques semaines plus tard, le 29 avril 2010, l'avis *M. et Mme Beligaud*⁸². La décision du Tribunal des conflits est importante car elle permet à la notion d'ouvrage public de conserver toute sa place. Cette notion, sans être superposable à celle de domaine public, a des liens forts avec elle. Le Tribunal des conflits a jugé que les postes de transformation d'électricité directement affectés au service public de distribution électrique conservaient la qualité d'ouvrages publics, quand bien même ils étaient gérés par la société ERDF, personne morale de droit privé. L'avis contentieux *M. et Mme Beligaud* du Conseil d'État s'inscrit dans le prolongement de cette décision

77 CE, 28 juin 1935, Rec. 734 ; S. 1937.3.43, concl. R. Latournerie ; D. 1936.3.20 concl. R. Latournerie, note M. Waline ; R.D.P. 1935.590, concl. R. Latournerie, note G.J.

78 CE, Sect., 19 oct. 1956, *Société « Le Béton »*, Rec. p. 375.

79 CE, Sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, Rec. p. 117.

80 CE, Sect., 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. p. 129.

81 TC, 12 avril 2010, *Société ERDF c/ M. et Mme Michel*, n° 3718.

82 CE Ass., 29 avril 2010, *M. et Mme Beligaud*.



du Tribunal des conflits en opérant, après la transformation d'EDF d'établissement public en société anonyme, une distinction selon que les installations de production électrique aujourd'hui gérées par la société EDF apportent ou non une contribution substantielle à l'équilibre, à la sécurité et à la fiabilité de l'ensemble du système électrique, ainsi qu'à la garantie et à la sécurité des approvisionnements en électricité. Définis à partir de la pratique, des seuils permettent de dire à quel niveau de production un équipement apporte une telle contribution et a donc conservé la qualité d'ouvrage public. Il est certain que de telles solutions sont très novatrices. Elles vont au-delà de l'électricité : avec le mouvement de privatisation ou de transformation d'établissements publics en sociétés, les solutions qui ont été dégagées par le Tribunal des conflits et par le Conseil d'État ont vocation à s'appliquer dans d'autres domaines.

Comme en 1956, la notion de service public est au cœur de ces deux décisions du Tribunal des conflits et du Conseil d'État. Compte-tenu des exigences du service public, les modalités nouvelles de propriété des ouvrages et la transformation d'EDF d'établissement public en société anonyme n'ont pas nécessairement de conséquences sur le régime des ouvrages.

En ce qui concerne la **protection** du domaine public, premier impératif de sa bonne gestion, des évolutions de deux ordres touchent à des notions fondamentales. D'un côté, et là aussi, avec une parfaite harmonie, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État ont renouvelé la lecture de la règle traditionnelle d'intangibilité des ouvrages publics. D'un autre côté, le Conseil constitutionnel a mis en avant des exigences constitutionnelles de protection du domaine, donnant par là un socle encore plus solide aux exigences de la jurisprudence en la matière.

S'agissant de l'intangibilité de l'ouvrage public, le Tribunal des conflits, dans sa décision *M. et Mme Binet* du 6 mai 2002⁸³, et le Conseil d'État, dans une décision de section du 29 janvier 2003 *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes maritimes*⁸⁴, ont adopté une jurisprudence selon laquelle il est envisageable qu'un ouvrage public mal implanté soit détruit. Il peut l'être à condition d'une part, que des opérations de régularisation, toujours possibles, si elles ont été tentées, n'aient pas abouti et d'autre part, qu'au terme d'un bilan, la démolition de l'ouvrage public ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Le principe de l'intangibilité demeure mais il est sensiblement atténué par cette nouvelle jurisprudence.

Une illustration intéressante de ces principes a été donnée par une décision du 20 mai 2011 *Communauté d'agglomérations du lac du Bourget*⁸⁵. La cour administrative d'appel de Lyon avait ordonné la démolition d'installations importantes, édifiées dans un but d'aménagement d'activités nautiques sur les rives du lac du Bourget, mais qui portaient une atteinte grave à un site naturel fortement protégé, en méconnaissance des prescriptions du code de l'urbanisme. Le Conseil d'État a

83 TC, 6 mai 2002, *M. et Mme Binet*, n° 03287.

84 CE, sect., 29 janv. 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes maritimes*, n° 245239.

85 CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 20 mai 2011, *Communauté d'agglomérations du lac du Bourget*, n° 325552, publié au Recueil Lebon.



approuvé le bilan fait par la Cour entre l'intérêt des activités aquatiques facilitées par ces établissements et l'atteinte portée au site des rives du lac du Bourget du point de vue de la protection de l'environnement. En conséquence, il a considéré que la démolition des ouvrages publics irrégulièrement implantés ne portait pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

Parallèlement, la période récente a vu se consolider la protection constitutionnelle due à la propriété publique, principalement à partir de la décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2005 *Loi relative aux aéroports*⁸⁶, dans laquelle il affirme que le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne peut avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels ces biens domaniaux sont affectés. Là aussi, en matière de protection, la notion de service public est la notion-clé sur laquelle repose la décision du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a repris ce raisonnement à l'occasion de décisions QPC⁸⁷.

Dernière série d'observations, dernière série d'évolutions, celles qui intéressent la **valorisation** du domaine, au cœur des réflexions de cette journée. Des constructions traditionnelles continuent d'être appliquées, tandis que des préoccupations nouvelles conduisent à des renouvellements. Des questions futures laissent place enfin à des interrogations pour l'avenir.

Reprenant les constructions traditionnelles, la jurisprudence a fortement réaffirmé la théorie des mutations domaniales, qui pouvait ne plus paraître tout à fait d'actualité au regard notamment des impératifs, là aussi constitutionnels, de libre administration des collectivités territoriales. Le pouvoir de mutation domaniale, c'est-à-dire le pouvoir de l'État de changer l'affectation d'une dépendance du domaine public d'une autre collectivité publique, est maintenu dans la décision *Commune de Proville* du 3 juin 2004⁸⁸. Cette décision, qui est une décision de sous-sections réunies, est d'autant plus intéressante qu'elle s'appuie expressément sur ce qu'elle appelle les « *principes généraux qui régissent le domaine public* ».

En matière de bonne gestion du domaine, une décision de sous-sections réunies du 23 mai 2011 *Établissement public pour l'aménagement de la région de La Défense*⁸⁹ a réaffirmé, mais ce n'est au fond qu'une déclinaison de la jurisprudence des *Autobus antibois*, que la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie des motifs d'intérêt général qui peuvent justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme. Une préoccupation de gestion, j'allais dire des plus élémentaires : une meilleure redevance que le maître du domaine est en droit d'attendre constitue un motif d'intérêt général de nature à justifier légalement la résiliation d'un contrat d'occupation.

86 Décision n° 2005-513 DC, 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, AJDA, 2006, p.178 note Fatôme.

87 Par ex. 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010 *Région Centre et Région Poitou-Charentes* [AFPA].

88 CE, 3 juin 2004, *Commune de Proville*, n° 253419.

89 CE, 23 mai 2011, *EPAD*, n° 328525.



A côté de ces réaffirmations de jurisprudences traditionnelles, apparaissent des questions plus nouvelles, qui résultent, là aussi, de jurisprudences conjointes du Tribunal des conflits et du Conseil d'État. Dans une décision *Brasserie du théâtre* du 22 novembre 2010⁹⁰, qui clarifie la répartition des compétences pour les actes pris par les collectivités publiques dans le but de valoriser les biens du domaine privé, le Tribunal des conflits a jugé que la délibération d'un conseil municipal qui a pour objet la valorisation des biens du domaine privé de la commune est un acte dont le contrôle relève du juge judiciaire, dès lors -et la frontière demandera sans doute à être précisée- qu'elle ne porte pas atteinte au périmètre et à la consistance de ce domaine. S'il s'agit d'aliéner des biens, si l'on touche au périmètre ou à la consistance du domaine, on est en présence d'actes administratifs. En revanche, lorsqu'il s'agit uniquement de mieux valoriser le domaine privé, la décision reste une décision de droit privé.

Au titre des interrogations récentes, doit être mentionnée la décision de section du Conseil d'État *Ville de Paris - Association Paris-Jean Bouin*⁹¹. Cette affaire portait notamment sur la frontière entre la concession domaniale et la délégation de service public et, surtout, dès lors que la qualification de concession domaniale était retenue, elle posait la question importante des procédures à respecter pour passer régulièrement des contrats d'occupation domaniale pour une exploitation économique. La question était au moins pendante depuis l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques. Il a pu être regretté, lors de l'adoption de ce code, excellent à beaucoup d'égards, que la réflexion n'ait pas été jusqu'à mieux organiser les concessions domaniales et à prévoir des procédures de publicité, de mise en concurrence en matière de concession domaniale. L'occasion n'a pas été saisie à ce moment-là, et je peux dire, puisque cet avis a été rendu public, que l'assemblée générale du Conseil d'État, lorsqu'elle a examiné le projet de code, a regretté que le Gouvernement n'ait pas saisi l'occasion du code pour introduire des règles qui n'existent toujours pas en matière de passation des concessions domaniales.

Dans le silence du droit interne, et alors que le droit de l'Union européenne n'a pas pris clairement parti, ni par la voie des directives, ni par la voie de la jurisprudence de la Cour de justice, en faveur de règles contraignantes, le Conseil d'État a constaté que le droit d'aujourd'hui n'exige pas de procédure de publicité et de mise en concurrence pour les concessions domaniales. Cette décision traduit le sentiment qui a été celui de la section du contentieux quant aux pouvoirs respectifs du législateur et du juge. Il serait, sans aucun doute, souhaitable que le législateur adopte des règles en la matière. Il ne l'a pas fait en 2006, il n'est pas trop tard pour le faire. Sans doute le fera-t-il un jour, à moins que l'Union ne le fasse avant lui. Du point de vue de la bonne gestion et de la valorisation du domaine, et les gestionnaires du domaine, nombreux dans cette salle, le savent, il est bien meilleur pour le responsable du domaine de recourir à des modes de publicité et de mise en concurrence pour passer un contrat d'occupation domaniale en vue d'une activité économique. La pratique est très nettement engagée dans ce sens : il en va tant de la transparence que de la bonne administration du domaine. Mais le juge n'a

90 TC, 22 novembre 2010, *SARL Brasserie du Théâtre*, n° 3764.

91 CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris - Association Paris Jean Bouin*, n° 338272, 338527.



pas pensé possible de poser une règle contraignante de sa propre initiative. Deux séries de raisons ont été déterminantes à cet égard. La première tient à la sécurité juridique d'opérations qui ont été réalisées dans un cadre qui, s'il venait à être modifié par la voie jurisprudentielle, entraînerait des conséquences qui pourraient être redoutables, y compris sur le plan pénal. Mais surtout, peut-être que la journée d'aujourd'hui permettra de préciser les pistes, le régime à retenir n'est pas facile à déterminer. Il est certain que s'orienter dans une telle voie suppose de mieux définir les opérations concernées, de fixer des seuils à partir desquels certaines formes de publicité ou de mise en concurrence pourraient être adoptées. Il ne s'agit pas seulement d'affirmer une règle générale, comme le principe général des droits de la défense, que le juge peut facilement énoncer mais de fixer un régime d'ensemble. C'est ce qui a conduit le Conseil d'État à adopter la solution qui a été la sienne dans cette décision du 3 décembre 2010 mais, bien sûr, la réflexion demeure ouverte, sur ce sujet comme sur beaucoup d'autres.

Il en va ainsi d'un dernier point qui, même s'il n'a pas encore donné lieu à la jurisprudence, soulève des questions de grande importance pour les collectivités publiques. Il s'agit de la valorisation de leur patrimoine immatériel. Parfois sans le savoir, les collectivités publiques ont un patrimoine immatériel qui peut être une image, un savoir-faire ou encore un ensemble d'informations. Ce patrimoine existe, il est utilisé fort heureusement, mais il n'est sans doute pas pleinement valorisé aujourd'hui. Des règles de gestion de ce patrimoine, sans doute, se préciseront dans l'avenir. L'État a déjà mis en place une agence spécialisée, l'Agence du patrimoine immatériel de l'État.

Ces quelques observations introductives montrent que la question, très vivante aujourd'hui, de la valorisation du domaine, est aussi une question qui demeure centrale dans notre droit administratif.

Des journées comme celle d'aujourd'hui permettent d'éclairer les enjeux et seront utiles, pour les gestionnaires publics incontestablement, mais aussi pour les juges administratifs, qui ont grand profit à tirer de débats comme les vôtres, et notamment de la table ronde qui va maintenant s'ouvrir, si le président Schrameck en est d'accord.



Seconde table ronde

La cession des propriétés des personnes publiques

Cette seconde table ronde aborde la cession des propriétés des personnes publiques. La cession, outil juridique primordial de valorisation du patrimoine public, suscite un certain nombre d'interrogations relatives tant à son régime juridique, qu'à son efficacité économique.

La cession des propriétés publiques n'est pas une opération ordinaire. Quand bien même les biens à céder dépendraient du domaine privé, et qu'ils seraient dès lors largement gérés selon les principes du code civil, le droit public imprime à la cession des propriétés publiques des caractères originaux. L'environnement juridique est une chose, l'univers administratif en est une autre. La question de la cession doit également se poser en termes d'adaptation des services à une nouvelle politique patrimoniale. Comment les administrations mènent-elles à bien leurs politiques de cession ? La discussion sur ces deux lignes de front servira de prélude aux recommandations des participants en vue de l'amélioration du droit de la cession des propriétés publiques.

Sommaire

Présentation des intervenants	70
Actes	72
<i>Premier thème : Les principes généraux de la cession des propriétés publiques</i>	
	75
Témoignages	82
<i>Deuxième thème : Les collectivités publiques, opérateurs de cessions immobilières</i>	
	83
Échanges avec les participants	91
<i>Troisième thème : Quelles propositions pour améliorer le droit des cessions de propriétés publiques ?</i>	
	93
Documentation sur le thème du débat	
Index des principaux textes et jurisprudences cités dans les débats	113
Textes cités dans les débats (extraits).....	116
Jurisprudences citées dans les débats (extraits)	123



Intervenants de la seconde table ronde

Présidence

Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Diplômé de droit public et de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion André Malraux), Olivier Schrameck entre au Conseil d'État en 1977 en tant qu'auditeur. Il est conseiller technique puis chargé de mission au cabinet du ministre de l'intérieur et de la décentralisation de 1982 à 1984. En 1984, il devient directeur du cabinet du secrétaire d'État chargé de l'enseignement supérieur. En 1985, il est directeur des enseignements supérieurs au ministère de l'éducation nationale puis devient directeur du cabinet du ministre de l'éducation nationale en 1988. Il est, de 1993 à 1997, secrétaire général du Conseil constitutionnel. En 1997, il est directeur du cabinet de Lionel Jospin, Premier ministre. Il est nommé ambassadeur de France à Madrid en 2002. Assesseur à la section du contentieux du Conseil d'État en 2005 puis président de la 6^{ème} sous-section de 2006 à 2009, il est depuis 2009, président de la section du rapport et des études du Conseil d'État. Il est professeur associé à Sciences-Po Paris.

Intervenants :

Daniel Dubost

Chef de service à France Domaine

Ancien élève de l'Institut d'études politiques de Grenoble et de Paris et diplômé de la faculté de droit de Grenoble, Daniel Dubost débute sa carrière au ministère des finances en 1983 en qualité d'assistant budgétaire puis de responsable pour la direction du budget et de la politique du logement. En 1990, il est chargé des personnels du ministère de l'économie et des finances et des personnels des postes et télécommunications et devient, en 1991, responsable d'entreprises du secteur public à la direction du budget. En 1994, il est nommé inspecteur des finances avant de rejoindre en juin 1998 l'inspection générale des finances. En juin 1998, il est nommé adjoint au chef du service avant de rejoindre en mars 2000 la direction générale des impôts où il exerce les fonctions de sous-directeur du budget et de la logistique. En 2005, il est responsable de service et en 2007, chef de service à France Domaine.



Bruno Cheuvreux

Notaire, Étude Cheuvreux Notaires

Bruno Cheuvreux co-dirige l'Étude Cheuvreux Notaires en intervenant sur sa stratégie et son développement. Il est par ailleurs membre fondateur du « GRIDAUH », Groupement de Recherche sur les Institutions et le Droit de l'Aménagement, de l'Urbanisme et de l'Habitat. Bruno Cheuvreux est également expert associé pour la révision du Plan local d'urbanisme de Paris.

Éric Lucas

Contrôleur général des armées

Ancien élève de l'Institut d'études politiques de Paris et de l'École du commissariat de la marine, Éric Lucas débute sa carrière comme commissaire de la marine avant d'être nommé contrôleur général des armées en 1995. En 1997 il est chargé de mission auprès du Commissariat à la réforme de l'État et, en 1999, chargé de mission du directeur des affaires financières du ministère de la défense. De 2000 à 2004, Éric Lucas est adjoint au directeur des affaires financières et, de 2004 à 2007, directeur, adjoint au secrétaire général pour l'administration. Depuis août 2007, Éric Lucas est directeur de la mémoire du patrimoine et des archives, haut-fonctionnaire au développement durable.

Philippe Pelletier

Avocat au barreau de Paris

Philippe Pelletier est avocat au barreau de Paris, associé senior au sein de son cabinet « Lefèvre Pelletier & associés ». Il est chargé d'enseignement au master II de droit de l'immobilier de l'université de Paris II Panthéon-Assas. Président de l'Agence nationale de l'habitat jusqu'à fin 2008, il est l'auteur de nombreux rapports publics (« Les charges locatives », « La réforme des baux commerciaux et professionnels », « La sécurité juridique des autorisations d'urbanisme », « La mise en sécurité des personnes dans leur habitat », « Le permis de louer, la rénovation énergétique des bâtiments existants »). Depuis 2009, il préside le Comité stratégique du plan bâtiment du Grenelle de l'environnement.

Philippe Terneyre

Professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour

Philippe Terneyre a été doyen de la faculté de droit, d'économie et de gestion de Pau. Ses domaines de spécialité sont le droit des contrats publics et le droit public économique en général. Il est co-auteur du «Lamy droit public des affaires» (2011) et de «Droit des marchés publics et des contrats publics» (Ed. du Moniteur). Il est membre de la Commission supérieure de codification.



Actes – La cession des propriétés des personnes publiques

Olivier Schrameck

*Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État,
Président de la table ronde*

Il peut vous paraître un peu étrange de consacrer la moitié de ce débat, relatif à la valorisation économique des propriétés des personnes publiques, au thème de la cession de ces propriétés. Ce paradoxe appelle des explications. La cession peut être un substitut à une valorisation économique insuffisante. Elle peut être aussi un moyen de mobiliser plus rapidement des ressources, une préoccupation actuellement assez courante. Elle peut être liée à des opérations de valorisation à accomplir par ailleurs. J'en ai eu l'expérience dans le domaine des ventes à l'étranger, en Espagne, où une cession de la vieille Chancellerie était préconisée afin de permettre l'amélioration et l'agrandissement de la nouvelle chancellerie, plus moderne et mieux située. Il y a donc toute une série de liens entre ces deux thèmes. Il faut de plus reconnaître que les opérations de cession font l'objet de débats spectaculaires et récurrents, qui interpellent parfois la conscience publique. Rappelons le problème de la vente des autoroutes publiques et celle de lieux prestigieux comme le Centre de conférences internationales du ministère des affaires étrangères ou l'Imprimerie nationale.

Il est apparu, au sein du comité de pilotage de ce colloque, qu'il n'était pas souhaitable de contourner cet aspect important du sujet, d'autant que sa problématique nous paraissait gagner en densité et en champ au fur et à mesure que le travail préparatoire s'avanceit. Sont en effet concernés par cette seconde table ronde, aussi bien le domaine privé que le domaine public.

J'ai ainsi le plaisir de vous présenter les personnalités participant à cette table ronde, composée de cédants potentiels et de ceux qui les assistent en pratique.

Éric Lucas, contrôleur général des armées, dont l'expérience administrative et financière est extrêmement large (commissariat à la réforme de l'État, direction des affaires financières du ministère de la défense, secrétariat général de l'administration). Au ministère de la défense, Éric Lucas est aujourd'hui directeur de la mémoire, du patrimoine et des archives et préside la Mission pour la réalisation des actifs immobiliers (MRAI) de la défense.

Daniel Dubost, Inspecteur général des finances est, depuis 2007, chef du service France Domaine auprès du directeur général des finances publiques. France Domaine, en tant que centre d'expertise et d'évaluation, est au cœur des opérations essentielles de cession.

Maître Bruno Cheuvreux, notaire, est associé fondateur de l'Étude Cheuvreux, déjà représentée ce matin grâce à Michèle Raunet. Ceci n'est pas étonnant car,



non seulement son activité est importante et reconnue, mais elle l'a conduit à des réflexions que nous avons commencé à partager sur les lourdeurs, les imperfections et par conséquent, les améliorations à apporter en matière de procédures de cession. Il est également membre fondateur du Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat (GRIDAUH), groupement d'intérêt public au sein duquel il représente le Conseil supérieur du notariat.

Sont aussi présents, pour nous appuyer dans notre réflexion, des analystes observateurs juridiques de grand renom.

Le professeur Philippe Terneyre, cheville ouvrière de la très renommée équipe de l'université de Pau et des pays de l'Adour, et pour qui rien du droit public économique n'est étranger.

Maître Philippe Pelletier, avocat au barreau de Paris, qui a exercé des fonctions de responsabilité publique importantes : président de l'Agence nationale de l'habitat jusqu'en 2008 et, depuis 2009, président du Comité stratégique du plan bâtiment du Grenelle de l'environnement.

Enfin je remercie le maître d'œuvre de l'ensemble de ce débat, mon collègue et ami, Jean-François Debat.

Nous avons envisagé de vous proposer trois problématiques sur lesquelles j'interrogerai les membres de la table ronde, avant de solliciter vos réactions.

La première question, qui peut paraître la plus théorique mais qui touche aux fondements de nos échanges serait la suivante : les grands principes généraux qui ont traditionnellement gouverné le droit des cessions publiques sont-ils aujourd'hui aussi actifs, féconds ou sont-ils, au contraire, malmenés, détournés de leur finalité première ? Il s'agit pour l'ensemble des propriétés publiques, des grands principes d'insaisissabilité et d'incessibilité à vil prix. Lorsque la propriété publique est incorporée au domaine public, interviennent plus spécifiquement encore les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité de ce domaine. Nous essaierons de les examiner, à la lumière de la doctrine, de la jurisprudence et de la pratique, en abordant également le problème des cessions entre personnes publiques qui constitue aujourd'hui un aspect important du sujet. Nous ferons, dans la mesure du possible, sa part au droit comparé.

La deuxième question repose sur l'observation pratique et critique de l'expérience : est-ce que l'État et les autres collectivités publiques, notamment les collectivités territoriales, sont de bons opérateurs de cession ? Nous l'observerons particulièrement du point de vue de l'investisseur et du banquier et au regard des critères de transparence, de concurrence, de sécurité juridique, du rendement financier, de dédommagement en cas de résiliation, de clauses de sauvegarde et de ventes sous conditions suspensives... Nous envisagerons ces questions pratiques dans le cadre général de la réforme de l'État qui est source de stimulation, certes, mais peut être aussi un facteur de rigidification, de distorsion. C'est tout le problème de l'inscription de la politique de cession dans la révision générale des politiques publiques.



Troisième question : sur la base de ces deux premiers débats, si vous deviez suggérer des modifications des normes juridiques existantes, législatives ou réglementaires, quelles préconisations formuleriez-vous ? Sur quelles orientations de politiques publiques devrions-nous nous appuyer ?

L'échange conclusif de cette table ronde viendra en surplomb et en prolongement de ceux qui l'ont précédé, grâce à la richesse et à l'expérience des personnalités qui ont accepté de le mener. Il s'agit d'une part d'Yves Gaudemet. Yves Gaudemet est professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas. Ses ouvrages, et notamment son *Droit administratif des biens*, font référence. Il s'agit d'autre part, de Roland Peylet. Roland Peylet est conseiller d'État, président adjoint de la section des travaux publics et membre de la section du rapport et des études. Il a exercé des fonctions très importantes de directeur de la programmation et du développement universitaire, conseiller du Premier ministre sur les questions d'urbanisme, d'aménagement, de construction et de logement. Il préside le Conseil du patrimoine de la ville de Paris et la commission parisienne du débat public.



Premier thème : Les principes généraux de la cession des propriétés publiques

Philippe Pelletier

Avocat

Je veux, en premier lieu, réfléchir avec vous, non pas sur le caractère plus ou moins solide de ces colonnes du temple, mais sur leurs sources, car je crois que cela peut nourrir la discussion.

Ma compréhension de ces principes est qu'ils ont pour fondement commun une idée, historiquement très forte dans notre pays, selon laquelle c'est la conservation des biens qui crée de la valeur. En somme, et on le voit illustré au milieu du 16^{ème} siècle par l'Édit de Moulin, qui interdit au domaine de la Couronne de se disperser : ce qui fait la richesse du pays, c'est la conservation de l'existant dans son état. Cette idée me paraît avoir irrigué le droit pendant très longtemps, notamment dans la sphère du droit privé. C'est seulement après la seconde guerre mondiale, dans les années 60 et 70, qu'est apparue dans l'organisation patrimoniale des familles, l'idée qu'un bien pourrait, dans la durée, prendre de la valeur.

Cette idée de valeur est-elle notre idée contemporaine ? La conservation des biens crée-t-elle réellement de la valeur, pour les citoyens que nous sommes ? Je pense que cette question suggère une réponse négative : ce qui crée de la valeur est la confrontation du bien à son utilité sociale et la possibilité qui pourrait être offerte au détenteur de ces biens d'en rechercher la valeur économique la meilleure, qui aujourd'hui ne se traduit pas par la conservation mais par un processus d'échanges. Il y a probablement une idée d'évolution de la valeur très profonde, assez récente dans notre société, qui doit conduire à éclairer cette question sur la force des principes.

Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Nous sommes en effet passés de l'idée de conservation protégée à celle de fonctionnalité.

Philippe Terneyre

Professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour

Sur l'imprescriptibilité, je poserai la question de la portée de ce principe. Il est acquis que l'occupation irrégulière pendant trente ans d'une parcelle du domaine public ne rend pas celui qui l'a occupée propriétaire de celle-ci. Mais qu'en est-il en cas d'occupation d'une parcelle du domaine privé d'une collectivité publique ? Est-il possible d'acquérir cette parcelle par usucapion ?

La prescription acquisitive, en d'autres termes, joue-t-elle pour tous les biens publics immobiliers ? Je n'ai pas trouvé de réponse, à l'exception d'une réponse



ministérielle selon laquelle les collectivités locales ne peuvent pas acquérir de biens par la prescription acquisitive.

Sur le principe d'insaisissabilité⁹², qui place les biens des personnes publiques hors les procédures d'exécution normalement ouvertes aux créanciers, nous avons un arrêt du Conseil d'État, *Société fermière de Campoloro*. Cet arrêt permet au préfet, lorsqu'une commune n'a pas exécuté une décision de justice la condamnant au versement d'une somme d'argent, de l'obliger à vendre un élément de son patrimoine et à en verser le produit afin d'exécuter la décision de justice⁹³. Ceci semble être proche d'une dérogation à l'insaisissabilité. A titre de comparaison, quelle est la force de ce principe dans un État comme la Grèce, où il a également valeur législative, et dans lequel on se rend compte que pour assumer un état de quasi-faillite, il faut déroger à ce principe, et procéder au ventes des aéroports, des autoroutes, des ports... afin de payer la dette de l'État ?

Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Effectivement, la cession des propriétés publiques devient un objectif de finances publiques et est acceptée comme un moyen de financement de la dette.

Philippe Terneyre

Professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour

Sur l'inaliénabilité du domaine public : c'est le principe qui a pris le plus de coups. Ce n'est pas un principe constitutionnel et il peut donc être aménagé par le législateur⁹⁴. C'est très simple de désaffecter et de déclasser. Il suffit d'une volonté politique pour désaffecter un bien puis juridiquement de le déclasser pour le vendre. En outre, le CGPPP a organisé des modes de cession du domaine public entre collectivités publiques dès lors que le bien reste dans le domaine public⁹⁵.

Le point qui m'interpelle le plus à ce sujet est le nombre de lois, depuis la jurisprudence du Conseil constitutionnel disant que le principe d'inaliénabilité n'avait pas valeur constitutionnelle, qui a permis l'échange, le transfert autoritaire

92 Principe aujourd'hui écrit à l'article L. 2311-1 CGPPP au bénéfice des biens et droits à caractère mobilier ou immobilier de l'État, des collectivités territoriales et de leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics.

93 CE Sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro et autre*, n° 271898 : une commune n'avait pas exécuté deux décisions de justice, devenues définitives, la condamnant au versement de dommages et intérêts au titre de la résiliation de contrats de concessions d'un port de plaisance. Le Conseil d'État a considéré que la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public ouvrait au préfet « le pouvoir de se substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice ; qu'à cette fin, il lui appartient, sous le contrôle du juge, de prendre, compte tenu de la situation de la collectivité et des impératifs d'intérêt général, les mesures nécessaires ; qu'au nombre de ces mesures, figure la possibilité de procéder à la vente de biens appartenant à la collectivité dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge ».

94 Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC.

95 Art. L. 3112-1 et 2 CGPPP.



de biens du domaine public ou du domaine privé dans le patrimoine d'autres collectivités publiques.

Concernant le transfert de propriété par la loi d'une collectivité publique à une autre de façon autoritaire, nous pouvons citer les infrastructures ferroviaires de l'État transférées à RFF, certains ports de l'État aux départements ou aux régions, des aéroports, des routes nationales aux départements, soit un patrimoine important. Il y a aussi les transferts d'une collectivité publique à une personne privée. Je pense par exemple au cas du transfert en pleine propriété à l'Association pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) des biens que l'État mettait auparavant à sa disposition pour l'exercice de sa mission de service public. Cette opération a fait l'objet d'une QPC par laquelle le Conseil Constitutionnel indique que le transfert ne pouvait s'effectuer à titre gratuit sans méconnaître la protection constitutionnelle de la propriété publique, dès lors qu'aucune disposition de la loi organisant ce transfert ne garantissait le maintien de l'affectation au service public des biens transférés à cette personne privée⁹⁶. Quant aux transferts facultatifs, citons les monuments historiques et certaines universités au profit des collectivités territoriales ou les routes nationales vers les communes.

Il y a aussi la question du transfert de la quasi-propiété des biens des collectivités territoriales et des communes lorsqu'elles opèrent un regroupement intercommunal vers un EPCI, un syndicat mixte ou un syndicat de commune. Dès lors qu'il y a transfert de compétence vers une structure intercommunale, tous les biens mobiliers et surtout immobiliers servant à l'exercice de ces compétences sont transférés en quasi propriété à la structure intercommunale. En réalité la commune ne reste propriétaire de rien : dès lors qu'elle a transféré la compétence, elle ne peut plus prendre de délibération visant à la désaffectation de ce bien. Or, la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales⁹⁷ parachève au 1^{er} janvier 2013 l'intercommunalité et toutes les communes de France appartiendront demain à une structure intercommunale. Il y a ainsi un phénomène de transfert massif des biens immobiliers vers les structures intercommunales.

Il y a enfin toutes les lois qui procèdent à la cession de droits réels vers une personne publique ou privée, sur un bien immobilier mais aussi sur les biens mobiliers en vertu des lois sur les BEA et AOT réels. Ces transferts vont altérer le *management* du bien immobilier par la collectivité publique. Par exemple une loi spéciale a été adoptée permettant à une entreprise privée de disposer d'un usufruit sur un satellite de télécommunication militaire (Syracuse I et II)⁹⁸. On peut aussi penser à de telles opérations de cession de l'usufruit pour des rames de TGV, des rames de tramways, des flottes d'avions ravitailleurs, des flottes d'automobiles... Nous avons là tout un panel de dispositions législatives qui me semblent susceptibles de porter atteinte au principe d'inaliénabilité. En tous cas, on vend aujourd'hui plus facilement qu'hier des biens du domaine public ou privé. D'ailleurs on ne parle plus de domaine public ou privé mais de propriétés publiques.

96 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes*.

97 Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

98 Loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009, de finances pour 2010, art. 61 ; sur cette opération, v. not. Yolka, *L'usufruit administratif*, AJDA 2010.423.



Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Vous montrez que ce thème recouvre des réalités très diverses et de très grande importance.

Sur l'insaisissabilité, il y a aussi la problématique mentionnée par le vice-président ce matin et que le Conseil d'État a abordée dans son étude consacrée aux établissements publics, à la lumière de contentieux achevés ou en cours au niveau communautaire⁹⁹. L'insaisissabilité des biens publics ne constitue-t-elle pas pour les établissements publics une sorte de privilège susceptible d'être qualifié d'aide d'État ? L'étude a répondu par la négative, considérant notamment que l'insaisissabilité était également une contrainte non négligeable pour ces établissements, mais c'est une problématique très vive et la question n'est pas encore entièrement élucidée.

Bruno Cheuvreux

Notaire, Étude notariale Cheuvreux & associés

Je souhaiterais rebondir sur les propos du professeur Terneyre, avec lesquels je suis en désaccord.

Déclassement et désaffectation... La désaffectation est parfois terriblement compliquée et nous sommes un certain nombre de praticiens ici à pouvoir en témoigner. Il y avait un blocage lié au fait qu'on ne pouvait pas déclasser sans avoir au préalable désaffecté. Cette difficulté survenait lors d'opérations complexes où tous les acteurs, du fait de leur étroite interdépendance, étaient dans l'incapacité de désaffecter tant que le nouvel immeuble qui leur était destiné ne serait pas construit. Du coup, en l'absence de désaffectation tout déclassement était impossible. Or, pour l'État et ses établissements publics voici l'exemple d'une efficace avancée législative : le CGPPP a instauré la formule du déclassement par anticipation. Il dispose qu'à partir du moment où un bien est affecté à un service public et continue de l'être, on pourra le déclasser, non pas en bout de chaîne, mais en début de chaîne. Et comme il s'agit de respecter le principe d'intérêt général et de conformité du service public, la loi a institué une condition résolutoire de plein droit, expresse, de trois ans, qui a ensuite été prorogée à six ans en ce qui concerne certains biens militaires¹⁰⁰. Voilà l'exemple d'une évolution législative qui est parfaitement respectueuse des principes fondateurs dont nous parlons aujourd'hui et qui a trouvé une solution pragmatique à des problèmes qui bloquaient des opérations et qui donc permet aujourd'hui de valoriser au mieux domaine. Ceci étant, à mon sens, le législateur devra encore intervenir à la fois pour élargir le champ du déclassement par anticipation en permettant d'avoir recours à lui, et pour prévoir une condition résolutoire maximum de six ans, et non plus de trois ans, lorsque l'objectif de l'opération est de construire ou de réhabiliter un immeuble permettant d'assurer la désaffectation, et ceci pour que la durée de la condition résolutoire soit cohérente avec celle d'une opération immobilière.

⁹⁹ *Les établissements publics*, La Documentation française, 2009 not. p. 33.

¹⁰⁰ Art. L. 2141-2 CGPPP cf. loi n° 2009-928, article 16.



Il y a également des évolutions contractuelles. Une d'entre elles porte sur les promesses de vente et elle est extrêmement intéressante. On disait traditionnellement qu'on ne pouvait pas consentir de promesse de vente sur le domaine public du fait de l'inaliénabilité de ce dernier.

La doctrine et les praticiens ont réfléchi et ont ouvert des pistes de réflexions. Ils se sont dit que l'article 1130 du code civil¹⁰¹ permet la vente des choses futures. Ils ont alors imaginé de signer une promesse de vente d'un bien du domaine public en le qualifiant, non pas de bien en appartenance au domaine public, mais en fonction de son usage futur privé. On a ici franchi une première étape.

A partir de là, la doctrine et les praticiens ont été confrontés à un deuxième problème : le caractère potestatif de la condition suspensive. Est-ce qu'une collectivité publique peut consentir une promesse de vente d'un bien encore dans le domaine public alors que le déclassement, et l'arrivée du bien dans le domaine privé, va dépendre de sa seule volonté ? Voici encore un axe de réflexion. La condition potestative se caractérise par l'entier arbitraire du promettant. Or, lorsqu'il y a une opération de déclassement, de désaffectation, tient-on compte uniquement de l'arbitraire de l'État ou de la collectivité locale ? Non, ce n'est pas le cas : désaffectation et déclassement sont dominés par la notion d'intérêt général qui a pour effet de soumettre ces procédures à des règles extrêmement exigeantes, sur lesquelles la collectivité publique n'a pas une complète maîtrise.

Voici donc deux exemples d'évolution tant législative que contractuelle totalement respectueux des grands principes, même s'il reste des choses à améliorer parce qu'on se demande à quoi correspond exactement la notion de service public. La loi a laissé au contrat la possibilité de définir et d'apprécier subtilement cette notion de service public que la loi ne définit pas.

Daniel Dubost

Chef de service à France Domaine

J'interviens ici en tant que praticien de la chose publique. Je souhaiterais répondre à votre question en revenant sur certaines interventions. Le principe de conservation appartient-il à ces sacro-saints principes ? Du point de vue du service du domaine, je vous répondrais oui, incontestablement. Dans le mot immobilier, il y a le mot « immobile ». Personnellement, je vois plutôt la partie « mobile » du mot immobilier. Je suis convaincu que dans le cadre des règles, il est possible de faire émerger la notion d'immobilier mobile. Ce n'est que la pratique administrative, telle que nous l'avons vécue pendant des dizaines d'années, qui a fait que la conservation est apparue comme étant l'un de ces principes fondamentaux.

Le deuxième principe auquel je voudrais tordre le cou est celui de la cession comme moyen pour combler la dette publique. La réponse est évidemment non. A supposer qu'il soit possible, au regard de conditions de marché et de considérations politiques, de céder la totalité du patrimoine de l'État, cela ne comblerait même pas le déficit d'une seule année. La cession n'est évidemment pas une réponse. Cela

101 Article 1130 du code civil.



créerait des charges pour les années à venir. La cession n'est qu'une contribution normale au désendettement. C'est la marque de ce que notre immobilier doit être plus efficace et étant plus efficace, il est normal qu'il apporte sa contribution au désendettement.

A propos de votre question, je souhaiterais y répondre par l'affirmative. Les principes sont toujours valables. Peut-être pas dans leur acception d'il y a quelques années cependant. Le meilleur exemple que je puisse donner est le principe d'inaliénabilité du domaine public. Avant le CGPPP, il était interdit de vendre un quelconque immeuble de bureau avant que le dernier fonctionnaire ne l'ait quitté et que la dernière mission de service public n'y ait été accomplie ; ce n'est plus la vision d'aujourd'hui. Aujourd'hui je ne saurais pas vivre administrativement sans la nouvelle règle de déclassement par anticipation du CGPPP. Cette modification est absolument fondamentale. Je ne pense pas néanmoins qu'elle ait porté atteinte au principe d'inaliénabilité du domaine public.

Je voudrais aussi dire un mot de l'un des autres principes, colonne du temple : la cession à vil prix. Je n'utilise pas le terme de « cession à vil » prix car si l'État de droit m'interdit de vendre à vil prix, c'est qu'il m'autorise *a contrario* à vendre à un prix réduit : c'est une porte que je ferme de manière résolue. Il n'y a qu'un prix qui puisse être défendu à l'égard de toutes les autorités politiques et administratives : c'est le prix de marché. L'interprétation que je fais des différentes décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État est la suivante : je ne connais qu'une valeur, la valeur de marché, et je ne connais qu'une autorité, la loi, qui puisse autoriser de vendre en deçà de cette valeur de marché. C'est la raison pour laquelle il y eu autant de lois ces derniers temps.

On peut donner l'exemple de la « décote du logement social » qui autorise l'État à vendre avec une décote de prix d'un montant variable pouvant aller jusqu'à 35 %, lorsque le bien est utilisé pour la construction de logements sociaux. Sur cette « décote », la jurisprudence du Conseil constitutionnel précise qu'il y a une égale protection du patrimoine public par rapport au patrimoine privé. J'essaie ainsi de mettre en œuvre ce principe de protection du patrimoine public en étant un peu plus précautionneux par rapport à la jurisprudence du Conseil d'État qui parle de « contreparties adaptées ». Je ne sais pas précisément ce que signifie cette notion, mais je vois très bien ce qu'on pourrait y mettre et qui ne préserverait pas le patrimoine public. Il y a donc quelques pratiques de l'action administrative dont il faut bien avoir conscience car elles sont tellement imprimées dans la pensée des acteurs publics qu'elles influencent leur manière d'agir. Tous ceux qui ont fait de la discussion budgétaire le savent : demander 100 et dépenser 100 de plus, c'est difficile ; perdre 1000 de recette est beaucoup plus facile, c'est le débat des niches fiscales ; perdre 1.000.000 de patrimoine ne pose aucune difficulté, en tous cas jusqu'à la création de France Domaine qui désormais fait obstacle à de telles pertes. Ce principe sacro-saint de non cession à vil prix fait ainsi partie des colonnes du Temple qui, je crois, restent aujourd'hui pleinement valables.



Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Je voudrais vous proposer deux réactions.

Sur la contribution budgétaire, nous pouvons un peu jouer sur les mots. Vous avez parlé de la contribution de la bonne gestion immobilière au désendettement et vous avez récusé, pour des raisons quantitatives, l'idée de résorption des déficits par le biais de la cession. Or, dans l'esprit public, il demeure que cette distinction n'apparaît pas très clairement et la distorsion qui existe entre les produits des cessions immobilières et l'échelle des problèmes des finances publiques que nous rencontrons est un défi pour l'esprit et la conscience publique.

Sur l'idée de « cession à vil prix », je crois comme vous que l'expression n'est pas très heureuse. Mais je dois dire que je conserve plus de doutes que vous sur la possibilité de la fixation d'un prix qui serait le prix du marché. Nous parlions dans la première table ronde de valorisation ; il faut ici parler de la valeur. La fixation de la valeur est une opération extrêmement difficile, vous avez tout le mérite de l'affronter. La jurisprudence du juge administratif, qui ne s'oppose pas à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, repose sur deux idées. La première est que s'il y a certes une fonctionnalité du domaine, il peut y avoir aussi une fonctionnalité de la cession du domaine. C'est sur cette fonctionnalité qu'il faut nous interroger. La seconde est l'idée que la fixation du prix relève de ce que nous appelons le contrôle minimum, c'est-à-dire le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, ce qui prouve que nous reconnaissons qu'il s'agit d'un sujet difficile, technique et que celui-ci prête à une certaine marge d'indétermination.

Éric Lucas

Contrôleur général des armées

Je souhaiterais intervenir en complément de ce qui a été dit par Daniel Dubost en qualité de praticien. Il me semble que les principes de domanialité publique ont été fixés à un moment où nous dessinions un État qui avait tous les moyens, entrait dans tous les domaines de la société, y compris sur l'activité économique. Nous avons une vision un peu statique des moyens associés à la protection du domaine. Je suis totalement d'accord sur le fait que l'évolution du CGPPP permet aux administrations d'évoluer et de bouger à l'intérieur du code tout en respectant les grands principes.

Je m'interroge cependant sur deux choses. Le principe d'inaliénabilité ne disparaît-il parfois pas ? La frontière entre valorisation et cession n'est pas toujours claire. Il y a des valorisations longues qui peuvent s'apparenter à des cessions. On peut en somme tourner le principe d'inaliénabilité et les juristes font à cet égard preuve d'une grande imagination.

Sur la question de cession au prix du marché. Là aussi je pense qu'il y a eu une évolution considérable des administrations. Seule la loi permet de contourner ce principe, ce qui arrive parfois pour de bons motifs. Je fais ici référence à



mon domaine particulier : les cessions militaires. Le patrimoine immobilier de la défense est constitué à 75 % des terrains d'entraînement, des bases ou des bâtiments techniques opérationnels difficilement réutilisables en l'état ou sur des lieux très éloignés des centres villes. Il est parfois difficile de les réutiliser ou de les vendre. Le législateur, pour les restructurations militaires, a défini les cas et les critères permettant de céder des biens à un euro symbolique. Un décret est ensuite venu préciser la liste des communes éligibles à cet euro symbolique. Force est de constater, qu'avec deux ans de pratique, la quasi-totalité des communes a utilisé cette possibilité et demande à se voir céder le bien abandonné par l'État à l'euro symbolique. Cela représente, pour l'État, en deux ans, une perte de 50 millions d'Euros sur les seules emprises militaires. Et ce n'est pas fini car la moitié des emprises militaires sont éligibles à ce dispositif. Parfois le principe est contourné pour de bons motifs, d'intérêt général. Dans le cas présent en effet, ces biens n'auraient pas été acquis et nous aurions eu des friches militaires pendant des décennies.

Témoignages

Etienne Fatôme

Quand on parle de conservation, je crois qu'il ne faut pas oublier la double composante du domaine public : le domaine public artificiel et le domaine public naturel. En soi, ces deux domaines sont soumis aux grands principes, mais sur le domaine naturel, je pense que la dimension conservation reste la dimension première. Or, toute la difficulté est d'avoir un régime juridique unifié pour des biens aussi différents que ceux qui appartiennent aux domaines publics naturels et artificiels.

Philippe Pelletier

La conservation du domaine public naturel est une valeur croissante.

Olivier Schrameck

Tout à fait, il n'y a qu'à prendre la mesure des actions de protection du littoral.

Etienne Fatôme

Sans compter toute la réflexion qui fait de la domanialité publique un moyen de protection de l'environnement.



Deuxième thème : Les collectivités publiques, opérateurs de cessions immobilières

Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Nous passons donc au deuxième thème de cette table ronde qui consiste à apprécier, en pratique, les qualités d'opérateur des collectivités publiques.

Bruno Cheuvreux

Notaire

Les personnes publiques sont-elles de bons opérateurs ?

Il y a deux façons de vous répondre.

D'abord par un regard en arrière. Il y a 20 ans, les personnes publiques étaient de mauvais opérateurs, il y a 10 ans ce n'était pas encore satisfaisant, il y a 5 ans ça s'est nettement amélioré... et aujourd'hui elles sont devenues d'excellents opérateurs. J'insiste sur ce terme « excellent », même s'il persiste encore des résistances culturelles. Les équipes qui existent actuellement dans les collectivités publiques, à l'État, à France Domaine, sont de même qualité que celles que l'on retrouve dans le privé.

Ensuite, je vous répondrais en constatant que les opérateurs publics ont adopté les façons de procéder qui sont celles du monde immobilier au plus haut niveau, notamment les appels d'offre internationaux. Aujourd'hui, lorsque l'État vend, il n'y a qu'à voir la presse, vous y trouverez de magnifiques encarts pour des appels d'offre internationaux lancés par France Domaine. Ces appels d'offre reposent sur des bases juridiques extrêmement solides. Elles disposent de « data room », qui sont des dossiers d'information contenant toute la substance juridique et technique des biens. La constitution de ces dossiers est parfois difficile, il faut le reconnaître, en raison de la mise en relation de différents acteurs, mais on finit par très bien y arriver et c'est très positif. Tout cela équivaut totalement aux pratiques du secteur privé.

Venons-en maintenant aux résistances culturelles que j'évoquais. Il demeure, me semble-t-il, que les collectivités publiques ne savent pas anticiper la mise en vente des biens. Elles ne savent pas faire l'effort préalable de voir exactement quelles sont les forces actives et passives d'un bien immobilier qu'elles possèdent. Plutôt que de commencer à travailler deux ou trois ans à l'avance sur un projet de cession, les collectivités publiques ont tendance à procéder à la dernière minute. Elles ne se mobilisent pas suffisamment en amont pour se rendre compte exactement à quel marché correspond tel de leur bien immobilier, pour apprécier le besoin de



modification préalable du bien par des travaux, pour voir quelle est la structure administrative qu'il faudrait adopter pour faire évoluer le projet, quel type de permis de construire il faudrait obtenir en fonction de l'opération à réaliser... La résistance principale que je vois est donc le fait que les personnes publiques ont beaucoup de mal à anticiper. En conséquence, elles mettent sur le marché des biens pour lesquels les acquéreurs font tout ce travail préalable à leur place. Le danger est alors que les plus-values soient faites par les acheteurs et non pas par les vendeurs.

Je le dis là très simplement mais je sais que la réalité des choses est très complexe. Par exemple, quand la loi impose la réalisation d'un historique en matière pyrotechnique il faut recourir à un prestataire de service et cela implique donc la passation d'un marché de service. Il peut donc être assez compliqué pour une personne publique d'organiser un bon travail préalable à la cession.

Cependant les choses s'améliorent. Depuis environ 5 ans, M. Dubost à France Domaine a lancé toute une réflexion sur les notions de détermination du prix et d'intéressement. J'en dirai quelques mots.

Sur la notion d'intéressement, prenons un exemple simple. Au cas où un événement extrinsèque survient, comme une amélioration du marché ou la modification du PLU, on peut stipuler une clause d'intéressement consistant à dire : je vous vends aujourd'hui, mais si jamais vous revendez avec une plus-value liée à la survenance de cet événement, je demande moi, personne publique, à participer à concurrence par exemple de 30, 40 ou 50 % à la plus value du bien générée par cet événement.

S'agissant de la détermination du prix. Comme, moi personne publique, j'ai ma résistance culturelle et les contraintes énoncées tout à l'heure, je dis à l'acheteur que je lui vends le bien dans son état futur car je n'ai pas pu, concrètement, faire toutes les études ou obtenir les autorisations nécessaires à son évolution (art. 1130 C. civ.). Je lui vends un objet en considération, par exemple, du permis de construire qu'il pourra obtenir. Le permis de construire fait partie de l'industrie de l'acheteur, mais moi, vendeur public je demande à avoir un avantage financier lors de sa délivrance. C'est une question de détermination du prix qui doit absolument exister dès l'origine car si jamais elle ne l'était pas, il y aurait nullité de la vente de plein droit pour indétermination du prix. L'approche consisterait à dire, que pour éviter l'indétermination du prix, je fais une clause d'expertise. Or, je me pose la question de savoir si une telle clause est licite au regard du droit public. Nous savons que, par application de l'article 2060 du code civil¹⁰², l'arbitrage n'est pas accepté en ce qui concerne la puissance publique. La question qui se pose alors est de savoir si la détermination du prix, qui lui est fondé sur l'article 1592 du code civil¹⁰³ entre dans le champ de l'arbitrage de l'article 2060 ? Or, La réponse est non. Ce n'est pas un arbitrage et comme ce n'est pas un arbitrage, on peut donc avoir recours à des clauses de détermination du prix. Voilà une solution totalement contractuelle dans laquelle on peut trouver la meilleure valorisation, ce qui est toujours l'objectif de France Domaine.

102 Article 2060 du code civil.

103 Article 1592 du code civil.



Je souhaiterais nuancer l'approche de Maître Cheuvreux sur l'efficacité des acteurs publics. On y trouve, comme dans le secteur privé, le meilleur et le pire, même s'il y a évidemment de grands acteurs publics qui sont devenus des opérateurs de premier plan. Je ne brosserai donc pas un tableau idyllique de l'ensemble.

Rechercher la juste valeur d'un bien, la *fair value* comme disent les anglo-saxons, c'est un processus variable dans le temps suivant l'état du marché auquel on se confronte ou suivant la nature des actifs qu'on a à vendre. Pour certains biens, la juste valeur, c'est une non-valeur parce qu'il s'agit de se débarrasser d'une charge excessive, générée par un bien n'ayant pas d'utilité, exposant son maître à des coûts de fonctionnement qui dépassent la raison. Gardons ce champ large de l'appréciation de la valeur.

Les opérateurs publics se comportent-ils en bons acteurs de la recherche de la juste valeur ? Je me contenterai de relever quelques aspérités.

La première réside probablement dans la manière de présenter au marché les biens qui vont faire l'objet d'une cession. Il est des cas où la valeur tient à la singularité du bien et il faut le présenter seul ; il est des cas où la valeur tient à l'existence d'un portefeuille, à un ensemble de biens dont l'homogénéité crée de la valeur. Il y a un effort à faire, un effort difficile, qui supposerait que les conseils dont l'appareil d'État et les grandes collectivités territoriales bénéficient interviennent très tôt, au stade de la définition du bien, afin de déterminer la façon dont le bien devra être présenté au marché.

La deuxième, qui est pour moi un sujet d'étonnement, est qu'il subsiste encore chez certains opérateurs une pratique, qui a été celle des grands acteurs privés il y a une vingtaine d'années mais qui a complètement disparu, et qui consiste à obliger le candidat acquéreur à consigner pour pouvoir poursuivre les négociations. Cette pratique est, me semble-t-il, exclue par l'article 1589-1 du code civil, qui dispose qu'une offre d'achat est nulle si elle s'accompagne d'un paiement mais, je ne sais pas si ce texte a vocation à s'appliquer à tous les biens. Il me semble que cette pratique doit être abandonnée. La consigne rebute les acquéreurs qui n'ont pas l'envie d'entrer dans ce cycle de « consigner pour voir », qui est dépassé. Ce système détruit de la valeur en écartant du jeu des candidats qui s'y seraient prêtés.

La dernière aspérité qui reste pour moi assez incompréhensible, est la question des conditions suspensives à laquelle Bruno Cheuvreux a fait écho. Pourquoi dans la mise en vente des biens, l'opérateur se prive-t-il de cette valeur que suscite l'insertion d'une condition suspensive dans le contrat ? Il est clair que si une condition suspensive tenant à la délivrance d'une autorisation d'urbanisme est insérée ou si n'étant pas insérée elle devient le risque de l'acquéreur, ce dernier n'offrira pas le même prix. Est-ce donc raisonnable que de venir ainsi dégrader la valeur du bien en n'accompagnant pas la cession par les mécanismes des conditions suspensives, technique dont les opérateurs de marché usent ordinairement ?



Je suis certes convaincu qu'il y a eu des progrès considérables réalisés par les grands acteurs publics dans le maniement de leur activité de cession. Mais il n'y a pas de raison que leurs pratiques se distinguent des pratiques du marché, dès lors que la mise en œuvre des outils juridiques ne porte pas atteinte aux colonnes du temple.

Une dernière observation. Nous avons, tout à l'heure, fait référence au dossier du participant qui expose la politique de cession des actifs de l'État. On y emploie un terme, qui pourrait donner raison à Philippe Terneyre (qui suggérait que notre pays serait « une grosse Grèce ») qui est celui de « plans de cession ». Dans ma pratique, le plan de cession est quelque chose que l'on trouve dans le droit de la faillite, et qui n'est pas du tout synonyme de valorisation. Au contraire, il évoque le sauvetage ! Je pense que cette notion, si elle a été politiquement utile pour engager un processus, doit être vite abandonnée. Une organisation construite sur un modèle dépassé depuis la chute du mur de Berlin, ne me paraît pas pouvoir guider une politique immobilière aujourd'hui.

Daniel Dubost

Chef de service à France Domaine

Je voudrais vous inviter à une réflexion. Si nous avons une certaine efficacité, cela n'est-il pas dû au fait que lorsque nous vendons un immeuble, lorsque nous achetons ou prenons à bail un immeuble, nous ne sommes pas dans le code des marchés publics ? C'est malheureux, mais je suis absolument convaincu que notre efficacité est intimement liée au fait que nous ne sommes pas dans le cadre du code des marchés publics.

Deuxième réflexion : sommes-nous nécessairement des acteurs de bonne qualité ? S'agissant des règles de concurrence et de transparence, il est de notre devoir d'avoir un respect absolument strict de ces principes et nous y tenons fermement. Mais il faut avoir conscience qu'un certain nombre d'acquéreurs refusent d'entrer dans cette logique et je ne suis pas convaincu que nous n'aurions pas, dans certains cas, des valeurs de cession supérieures à ce que nous obtenons, si nous prenions en gré à gré, ce à quoi nous nous refusons. Mais certains acquéreurs considèrent comme une indignité pour eux de participer à une opération d'appel d'offres. Nous acceptons cependant, et même nous revendiquons cette moins-value, du fait que nous sommes acteurs publics, défenseurs des intérêts de l'État. Car si pour telle ou telle opération, il m'arrive de penser que nous nous en serions mieux tiré avec une cession de gré à gré, je crois néanmoins qu'en termes de crédibilité sur le marché, et sur le long terme, on s'en sort mieux en agissant de manière transparente.

Je rejoins ensuite les interrogations soulevées par Maître Pelletier, concernant les conditions suspensives. Nous avons fermé cette hypothèse, partant du principe que l'État ne saurait pas se sortir de conditions suspensives qu'il aurait mises en place. Je crois que nous devrions progressivement adopter une attitude plus modulée, c'est-à-dire introduire des conditions suspensives là où cela crée de la valeur, ce qui n'est pas le cas partout. La cession d'un hôtel particulier en plein cœur de Paris ne nécessite pas de condition suspensive, même si l'acquéreur sollicite un permis



de construire qu'il n'est jamais certain d'obtenir. Au contraire, acquérir un terrain sur lequel on ne sait pas quelle valeur foncière pourra être créée nécessite des conditions suspensives. La question consiste donc à savoir comment nous pouvons internaliser la plus-value à venir sans recourir à des dispositifs trop complexes. Cela dit nous mettons en place un minimum de clauses d'intéressement et de plus-value dans nos opérations.

Je ne suis en revanche pas tout à fait d'accord avec ce qui a été dit sur la consignation. Il n'y a pas de « consignation pour voir » : voit qui veut en vertu des règles de transparence. Mais au jour où l'on dépose une proposition, le fait qu'il y ait une consignation est une bonne chose. En effet, je n'ai jamais vu un candidat intéressé se plaindre d'avoir dû mobiliser quelques fonds pour consigner. La consignation a le grand mérite de limiter le nombre de candidats à des candidats sérieux. Car face à de trop grands nombres de propositions, l'État ne saurait pas se sortir de ce type de situation. C'est pour cela que la consignation est nécessaire.

Quant à l'application de l'article 1589-1 du code civil, Maître Cheuvreux en maîtrise bien les rouages pour y recourir sans difficulté.

Bruno Cheuvreux
Notaire

En effet : on verse l'argent en demandant dans le cahier des charges que le dépôt soit versé uniquement à l'acceptation par France Domaine de l'offre de l'acheteur. L'art. 1589-1 est en effet lié à l'offre d'achat. Or, à partir du moment où l'offre est acceptée, on ne se trouve plus spécifiquement dans le régime de l'offre d'achat.

Permettez-moi de rebondir encore sur la condition suspensive. Ce que dit Maître Pelletier paraît simple et on se demande pourquoi l'État ne stipule pas de conditions suspensives puisque toutes les ventes de terrain à bâtir sont ainsi faites. Je vais néanmoins vous citer quelques contraintes propres aux entités publiques.

France Domaine est chargé de faire un « plan de cession » caractérisé par l'exactitude des flux provenant pour l'État de ses cessions immobilières. La condition suspensive est dans 99 % des cas liée à l'obtention d'un permis de construire définitif. Ainsi, après l'obtention d'un permis de construire, il reste le recours des tiers. Or, actuellement, l'urbain se traite au centimètre près. Je pense par exemple à un permis de construire annulé pour un acrotère : au dixième étage, un morceau dépassant de 25 centimètres a conduit à une annulation du permis de construire. Dans la pratique, les conditions suspensives liées à la simple obtention du permis de construire ne sont pas suffisantes pour obtenir un prix attractif. Vous obtiendrez davantage quand le permis sera définitif, ce qui est très difficile à apprécier dans le temps, et pendant ce temps vous dépendez des tiers et de toutes sortes de contraintes.

Pour les contrats de promesse de vente de terrain à bâtir que nous faisons à l'étude, je considère que les clients ont en réalité effectué non seulement une promesse synallagmatique de vente, mais aussi un contrat de partenariat au sens civil du terme.



Pourquoi ? Parce que, à chaque fois que vous faites une promesse de vente, vous faites des avenants. Pour le privé, il n'y a aucune difficulté à régulariser des avenants. Mais avec France Domaine, c'est plus compliqué car France Domaine est soumis, à juste titre, à un ensemble de contrôles publics. C'est pourquoi j'estime que la solution que j'ai apportée tout à l'heure est la bonne. Vous ferez, à France Domaine, des promesses de vente sous condition suspensive, de façon « epsilonesque ». Je ne crois pas que cette méthode sera un système de gouvernement, alors que trouver des systèmes contractuels peut être une approche générale.

Éric Lucas

Contrôleur général des armées

Je voudrais compléter ce qu'a dit Daniel Dubost. Je confirme que beaucoup d'acquéreurs nous donneraient certainement une valeur supérieure si nous étions dans le gré à gré, mais j'acquiesce totalement sur le fait que nous devons appliquer strictement les principes de transparence et de mise en concurrence.

Maître Pelletier disait que vendre c'est générer des recettes mais également parfois supprimer un coût. C'est plus rare mais c'est totalement exact.

Est-ce que l'État est bon vendeur ? Je dirais oui s'il ne conditionne pas des dépenses inéluctables aux recettes de cessions immobilières. C'est, à mon avis, une règle d'or. C'est aussi un bon vendeur s'il accepte de ne pas forcément percevoir la totalité des produits de la cession tout de suite. Mais dans ces deux cas c'est difficile car l'État est « court-termiste » budgétairement.

En revanche, on peut se demander si l'État est bon vendeur dans la mesure où il se heurte à des contraintes qu'il s'est lui même imposées, notamment en matière d'aménagement du territoire ou de dialogue avec les collectivités territoriales. J'ai évoqué tout à l'heure l'euro symbolique en terme d'aménagement du territoire ou de compensation économique. La loi sur le « Grand Paris » prévoit qu'on puisse, dans certains cas, transférer gratuitement des biens de l'État à un opérateur chargé de créer des zones d'aménagement dans le cadre de ce « Grand Paris »¹⁰⁴. Les ministères se voient donc départir d'une richesse potentielle.

Ensuite l'État, quand il traite avec des collectivités territoriales, se retrouve confronté à plusieurs contraintes. On a parfois dans certains cas, l'impression que la valeur du bien existe tant qu'il n'est pas en vente. Je m'explique. Les communes ont la maîtrise des Plan Locaux d'Urbanisme, elles ont un droit de priorité et quand vous conjuguez cela à la demande de logement social, vous vous apercevez qu'il est difficile d'obtenir une valeur intéressante quand vous négociez avec une commune qui a des « facilités de discussion ». Pour l'État ce n'est donc pas toujours évident d'arriver à vendre un bien rapidement dans ces conditions.

Comment peut-on faire ? Quelles évolutions ? Je suis assez séduit par ce qu'a dit Maître Pelletier : dans certains cas il est préférable de vendre un bien seul, dans d'autres de l'intégrer à un portefeuille de biens afin d'équilibrer, pour un repreneur, un bien plus difficilement valorisable par rapport à un bien facilement valorisable.

104 Loi n° 2010-597 du 3 juin relative au Grand Paris.



On réalise là une sorte d'équilibre. D'autre part, comme le disait Maître Cheuvreux, vendre dans l'état futur, c'est-à-dire dans l'état du permis de construire est, me semble-t-il, une possibilité très intéressante qui permet à l'État d'obtenir une valorisation dans l'état futur. Je suis assez admiratif de ceux qui font la valeur des biens car c'est bien la plus grosse difficulté dans l'affaire.

Philippe Terneyre

Professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour

Pour reprendre la notion de valeur, il est vrai que pour moi, en tant qu'usager d'un immeuble universitaire, la valeur n'est pas la propriété de celui-ci mais l'usage qui en est fait et la liberté que j'ai de l'utiliser. En d'autres termes, si Coca-cola veut m'acheter mon université, je n'y serai pas hostile s'il m'en laisse l'usage académique et me finance des allocations de recherche pendant une quinzaine d'années pour mes étudiants. Mon président d'université et moi ne sommes pas spécialistes de la gestion immobilière. Faut-il se doter d'un service immobilier au sein de l'université ? C'est possible mais en tant qu'universitaire qui utilise un immeuble universitaire, la propriété de ce bien m'est indifférente.

Une deuxième observation est que je constate la très grande professionnalisation actuelle des services domaniaux des collectivités territoriales, même des petites collectivités. Je crois que les fonctionnaires et élus locaux n'ont pas de leçons à recevoir des hauts fonctionnaires et fonctionnaires de l'État : les rapports de la Cour des comptes sont là pour le prouver. Il est vrai, qu'avant, nous ne mettions pas les meilleurs éléments au service du domaine des collectivités territoriales, mais aujourd'hui ce n'est absolument plus le cas, les services sont très compétents.

Troisième observation sur laquelle je travaille depuis une dizaine d'années avec le professeur Etienne Fatôme : il existe des cessions de biens immobiliers qui nécessitent une procédure de publicité et de mise en concurrence de type marché public, dès lors que la cession est subordonnée à des conditions posées par la collectivité publique qui, exigent de l'acheteur la réalisation de prestations correspondant à la satisfaction de besoins de la collectivité publique. Il peut là, pour faire simple, y avoir requalification de la cession en marché public.

Quatrième observation. L'avis du service des domaines a des effets redoutables dans les collectivités territoriales. D'une part, il subordonne la légalité de la délibération du conseil municipal qui approuve la cession ou l'acquisition, mais encore et d'autre part, il a un très fort impact sur le débat politique. Quand une collectivité territoriale s'écarte vers le bas de l'avis du service, soit qu'elle considère que le marché est au niveau qu'elle estime, soit qu'elle agisse pour mettre en œuvre une politique, cela est souvent perçu comme insupportable localement. Très souvent on retrouve à la une de la presse locale, « la ville de X a bradé son patrimoine immobilier ». Je ne sais pas comment résoudre ce problème.

Avant dernière observation, je n'arrive toujours pas à comprendre cette décision du Conseil constitutionnel qui dit que « *le droit au respect des biens des personnes publiques ne s'oppose pas à ce que le législateur procède au transfert gratuit de*



dépendances du domaine public entre personnes publiques »¹⁰⁵. Je ne comprends pas comment la loi peut être déclarée constitutionnelle en procédant à un transfert gratuit et autoritaire de dépendances du domaine public entre personnes publiques.

Enfin, et c'est une pique, est-ce parce que le service du domaine est immobil-« ier » que la partie réglementaire du CGPPP n'est toujours pas sortie ? *

Daniel Dubost

Chef de service à France Domaine

Il a fallu dix ans pour édicter la partie législative du code. La commission nationale de codification l'a examiné il y a deux ans. Le Conseil d'État l'a examiné en section il y a 6 mois (janvier 2011), a statué et renvoyé à ses rapporteurs le soin de peaufiner le texte. Il l'a peaufiné pendant 6 mois et nous a adressé sa version il y a 10 jours (fin mai 2011) et l'un des premiers textes qui sera signé par Mme Pécresse sera la partie réglementaire du CGPPP, au moins dans ses quatre premières parties.

La cinquième partie, relative à l'Outre-mer, n'a pas encore été examinée par le CSC.

** NDE : La partie réglementaire du code général de la propriété des personnes publiques a été introduite par le décret n° 2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques.*

Les dispositions réglementaires applicables outre-mer sont encore en cours d'élaboration.

105 2009-594 DC du 3 décembre 2009 *Loi relative à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, cons. 15.



Échanges avec les participants

Question à l'attention de Daniel Dubost - *La légalité des opérations d'aménagement est bien souvent liée aux estimations domaniales de même que la faisabilité financière des opérations. Quelles sont alors, les méthodes de France Domaine pour déterminer la valeur vénale des biens, hormis la méthode classique de comparaison ?*

Daniel Dubost

La méthode la plus courante, la moins contestable et la plus compréhensible pour les consultants est en effet la méthode par comparaison. C'est celle qui est la plus couramment employée.

Mais lorsque nous vendons une caserne abandonnée, par exemple, quel serait le sens d'une méthode par comparaison ? Aucune. L'acquéreur ne va pas en faire une caserne. Ce qu'il faut faire sur ce type d'opération, et c'est plus compliqué, c'est de faire un compte à rebours « plan aménageur » c'est-à-dire un programme de remploi du bien, en regardant les recettes attendues, les dépenses nécessaires pour parvenir à la réalisation de ce bien et la charge foncière qui en est déduite. Nous employons cette méthode pour les biens compliqués à évaluer. Elle est délicate pour plusieurs raisons.

La première est qu'elle suppose en amont une négociation avec la collectivité locale. Quel est le programme ? Sur quoi va t-on se mettre d'accord ? D'autant que dans l'immense majorité des cas, et dans la totalité lorsqu'il s'agit de biens militaires, il n'y a pas de PLU, c'est une zone blanche. Tout est à négocier.

La deuxième est qu'en face de ces recettes, il y a des dépenses. Quelles sont les dépenses afférentes à l'aménagement de la zone et celles d'une autre nature ? Il y a toute une négociation difficile à mener pour qu'on ne vous fasse pas supporter par la charge foncière des équipements d'intérêt public qui sont d'une autre nature.

Il y a une troisième méthode qui est celle du rendement financier. Elle est relativement peu employée pour une raison simple : c'est que l'État valorise mal son patrimoine en termes de revenus, et que si l'on devait raisonner en termes de rendement financier, nous aurions des valeurs domaniales extraordinairement faibles.

Enfin, si l'État a l'obligation d'avoir ses services évaluateurs, nous n'excluons jamais de faire appel à des évaluations privées auxquelles nous confrontons nos propres évaluations. Cela arrive lorsqu'il y a une contestation avec le tiers acquéreur, surtout lorsque ce tiers est la collectivité locale. Le recours à un expert nous permet alors de trancher.

Philippe Pelletier

Daniel Dubost, en évoquant la prise en compte exceptionnelle du taux de rendement, vient de mettre l'accent sur l'une des différences probablement majeure de la valorisation par des acteurs privés et par des acteurs publics de certains types d'actifs, notamment les immeubles à usage de bureaux ou de commerces.



Les investisseurs déterminent le prix du bien en répondant à deux questions : quel sera le prix de location du bien une fois remis en état ? Quel est le taux de rendement dont j'ai besoin pour assurer la rémunération de mes capitaux et la satisfaction de mes analystes financiers ? De la réponse à ces questions résulte un prix. Le prix est la résultante d'une valeur locative et d'un taux de rendement.

Cette démarche est celle que les acteurs privés vont développer de manière très uniforme face à la mise en vente par la personne publique, d'un bien immobilier d'une certaine importance. On observe aussi une variation du taux de rendement suivant que les acteurs sont sur le court terme ou le long terme. Il est donc peut-être regrettable que le projet de l'opérateur public fonctionne avec un code qui ne va pas être celui mis en œuvre par l'acteur qu'il aura en face de lui.

Question générale - *Des efforts ont été faits depuis longtemps par l'administration centrale, y compris France Domaine, pour l'évaluation et les méthodes de vente du patrimoine. Mais la contrepartie est que dans le privé la situation est parfois pire. Nous avons travaillé pour le ministère des affaires étrangères afin d'évaluer des actifs immobiliers à l'étranger, et c'est très compliqué à réaliser. J'aurai une préconisation à émettre dans le cadre du patrimoine immobilier universitaire et la loi d'autonomie des universités. Le patrimoine immobilier universitaire est immense. Des milliers de mètres carrés peuvent d'un coup se retrouver sur le marché et tout perturber. Je souhaiterai une meilleure coordination entre les PLU locaux et les administrations. Il manque ce maillon, très important.*

Daniel Dubost

Il est vrai qu'historiquement le rôle de France Domaine a d'abord consisté à vendre, car le Gouvernement était mécontent que les prévisions de recettes inscrites ne soient pas au rendez-vous. France Domaine est né de ce constat. Mais notre premier rôle n'est pas de vendre, mais de faire une stratégie immobilière intelligente. Le premier de nos objectifs est d'avoir des schémas professionnels de stratégie immobilière pluriannuels (SPSI) des administrations centrales et des services déconcentrés. Ce point fondamental. La vente n'est que l'un des aspects de cette stratégie immobilière.

Olivier Schrameck

Ceci me paraît extrêmement important. L'un des traits caractéristiques de la réforme de l'administration territoriale que nous vivons est l'effort de regroupement des compétences et des actions immobilières. Nous sommes en train, je crois, et une enquête de la Cour des comptes a été engagée, d'avancer à grands pas sur le plan interministériel. Il reste cependant un problème de relations entre la stratégie des collectivités territoriales et la stratégie de l'État.



Troisième thème : Quelles propositions pour améliorer le droit des cessions de propriétés publiques ?

Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Nous passons donc au troisième thème, celui des initiatives pour améliorer les conditions de cessions. Certaines sont à noter, comme la proposition de loi sénatoriale du 27 octobre 2010 de M. Legendre et de Mme Férat¹⁰⁶. C'est une proposition un peu spectaculaire, car elle émet des propositions tendant à définir un principe de précaution applicable à tout transfert de propriété des monuments historiques appartenant à l'État. L'application du principe de précaution, issu de la Charte de l'environnement, au patrimoine des monuments de l'État et à la mission de service public culturel, provoque un entrechoc conceptuel intéressant qui stimule la réflexion.

C'est un exemple parmi d'autres et j'espère que les observations qui ont été faites autour de cette table appelleront des suggestions. Certaines pourraient se traduire dans les textes, et donner à notre débat la projection la plus opérationnelle qui puisse être.

Bruno Cheuvreux

Notaire

Il n'y a pas, à mon sens, de grandes réformes à faire, mais quelques petits réglages.

D'abord il y a la question de l'unification des systèmes de vente. Conceptuellement on peut se demander pourquoi coexistent pour l'État un système de vente par mise en concurrence et par exception de gré à gré, et pour les collectivités locales une absence totale d'obligation de mise en concurrence de leurs cessions purement immobilières ? Sans compter un système encore différent pour les établissements publics. Pourquoi n'y aurait-il pas un système commun ? L'intérêt public ne se divise pas en fonction de la nature de chacun des acteurs.

Une remarque ensuite sur le droit de priorité des collectivités sur la cession des immeubles de l'État¹⁰⁷. Les éléments de la fixation du prix de cette cession sont compliqués ce qui n'engendre pas des relations très constructives entre l'État et les collectivités. Le prix est fixé par une décision du directeur départemental des services fiscaux, en pratique, très en amont. Or, la loi prévoit que si le prix de vente est inférieur, il faut repurger le droit de priorité. L'État a alors tendance assez naturellement à fixer un prix de droit de priorité assez faible. C'est peut-

¹⁰⁶ Proposition de loi sénatoriale du 27 octobre 2010 relative au patrimoine monumental de l'État, présentée Mme Françoise Férat et M. Jacques Legendre, sénateurs.

¹⁰⁷ Art. R. 240-1 s. C. Urb.



être très favorable aux collectivités territoriales mais pas pour l'État vendeur. N'y aurait-il pas besoin d'une modification de la loi qui s'inspirerait des adjudications que pratiquent toutes les chambres des notaires. On déciderait alors que si le prix était finalement inférieur à l'estimation des domaines, les collectivités territoriales auraient un droit de substitution. Voilà une idée de réforme. Mais encore une fois, ce ne sont que des réglages.

Pour citer un autre réglage, je pense à l'approche excellente prise par la loi consistant à dire qu'en matière de pyrotechnie, il est possible de confier à l'acheteur à la fois les évaluations, la détermination et les travaux relatifs à la pyrotechnie, le vendeur en gardant toutefois la responsabilité. Sur ce point cependant, la loi reste obscure, car elle ne tire pas toutes les conséquences de cette situation un peu paradoxale.

Éric Lucas

Contrôleur général des armées

Pour compléter les propos de Maître Cheuvreux, je suis assez d'accord avec lui sur la modification du droit de priorité des communes. Je vis assez mal l'inégalité de l'État dans ses relations avec les collectivités territoriales, lesquelles maîtrisent plusieurs dispositifs juridiques du droit de l'urbanisme.

Sur la dépollution pyrotechnique. J'appelle votre attention sur les avancées faites. La dépollution par l'acquéreur permet de résoudre une difficulté pour l'État car c'est long et il faut avancer l'argent. Je souhaite qu'on réexamine la contrainte qui pèse sur le ministère de la Défense. On nous fait obligation de dépolluer « pyrotechniquement » nos terrains avant toute utilisation ou cession de ceux-ci. Sur les terrains d'entraînement, où nous avons tiré des minutions, c'est tout à fait normal, c'est le principe du pollueur-payeur. Mais quand ce sont des terrains qui ont été bombardés, et pas par nous, je trouve que cette obligation est un peu contraignante. Je la comprends en termes de sécurité mais elle s'avère peu équitable. Prenez l'exemple d'une base aérienne simplement séparée d'un champ de blé par une route. L'agriculteur qui découvre une bombe en creusant son sol fait intervenir la sécurité civile et n'a rien à payer. La Défense, elle, doit dépolluer en fonction de l'usage futur du site. Si le futur acquéreur veut créer un immeuble avec des parkings, on est obligé de dépolluer jusqu'à la profondeur correspondante, ce qui s'avère très long et très cher.

Philippe Pelletier

Avocat

J'aurais trois observations à faire.

La première est que je souhaiterais voir évoluer le plan de cession par l'État de ses actifs vers la mise en oeuvre d'une politique immobilière, qui ne se résume pas à un plan de cession. Je pense le moment venu de franchir cette étape, ce qui ne veut pas dire ralentir l'effort de cession des biens qui doivent quitter le patrimoine de l'État.



La deuxième, saisit l'ouverture faite par Daniel Dubost sur le fait que, lorsque l'insertion d'une condition suspensive est de nature à créer de la valeur, il faut l'accueillir : je suis favorable à ce processus et suggère qu'une fois qu'il sera engagé par l'État, il donne lieu à une acculturation de l'ensemble des opérateurs publics par France Domaine qui, peut-être par la production de clauses-types, permettra sur l'ensemble du territoire et à quelques strates de collectivités que l'on se trouve, que cette pratique qui crée de la valeur soit mise en œuvre.

La troisième observation est commune à de nombreux colloques : nous sommes tristement hexagonaux et nous avons une paresse intellectuelle à aller regarder ce qui se passe à l'étranger. Nous pourrions peut-être nous fixer l'objectif de faire un meilleur effort d'observation des pratiques et marchés étrangers, car j'ai l'intuition que nous pourrions y trouver des enseignements à tirer.

Daniel Dubost

Chef de service à France Domaine

Je partage ces propos en n'appelant pas de mes vœux une énième grande réforme. Il y a ici ou là quelques ajustements à la marge. On peut donner l'exemple des cessions forestières, des concessions de logement et quelques autres.

Je voudrais moi aussi insister sur le droit de priorité. Là non plus il n'y aura pas de réforme parce que nous sommes dans un sujet de relation entre l'État et les collectivités locales, qui ne bougera pas. Mais dans cette enceinte, je voudrais le dire sur un autre sujet.

Il y a un principe selon lequel l'État vend par appel d'offres. Dans la réalité, quand vous vous adressez à un ministre, vous devez lui expliquer que la majorité des cessions sont faites de gré à gré, ce qui le surprend. Or, ce gré à gré est légal : il s'agit des cessions résultant de l'usage du droit de priorité des collectivités territoriale. Autrement dit, la loi du 13 juillet 2006 a trouvé une extension d'une ampleur telle que d'une part, nous avons l'obligation légale de soumettre au droit de priorité et que d'autre part, les collectivités locales en font une utilisation extrêmement large. Il y a une difficulté sérieuse consistant à savoir si le droit de priorité est utilisé pour un usage d'intérêt public ou si la formulation de la loi, l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, est si large qu'on peut y mettre tout et n'importe quoi, conduisant à des utilisations dévoyées du droit de priorité. Ce sujet n'est éventuellement sanctionnable qu'au titre du contrôle de légalité. Mais encore faut-il qu'un préfet défère au contrôle de légalité telle ou telle délibération sur le fondement d'un détournement du droit de priorité au bénéfice d'un tiers. Si vous avez une acception large de l'idée de cession du gré à gré en y introduisant les cessions au titre du droit de priorité, vous constatez que la majorité des cessions effectuées de gré à gré. Nous avons donc un vrai problème sur cette affaire.

Il y a aussi un sujet très particulier avec la Défense sur la dépollution pyrotechnique. Nous nous interrogeons sur le fait de savoir si on ne pourrait pas demander au Conseil d'État son avis sur cette affaire délicate.



Philippe Terneyre

Professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour

Je formerai d'abord un vœu désespéré : l'arrêt des interventions intempestives du législateur sur ce sujet. Deuxième souhait, il serait utile d'enlever dans le CGPPP les idées du caractère précaire et révocable, personnel et temporel des autorisations domaniales. On sait très bien en droit français la portée relative de ces principes et les garanties de l'occupant en cas de retrait dans l'intérêt général, mais il est vraiment très difficile de faire comprendre à un investisseur japonais ou canadien, prêt à investir une centaine de millions d'euros dans un projet, que malgré ces textes, leur situation sera stable. Un troisième souhait est pour l'unité des régimes de cession avec les tempéraments nécessaires. Un dernier point, sur la nécessité d'une évaluation impartiale, en particulier quand les collectivités territoriales ou les établissements publics de santé achètent un bien mobilier à l'État. J'estime en effet un peu fort que l'État fasse lui-même l'évaluation du bien qu'il va vendre à une collectivité territoriale et que cette évaluation s'impose à cette dernière.

Daniel Dubost

Chef de service à France Domaine

C'est un vrai sujet. Lorsqu'il y a un contentieux, je suis très ouvert à cette idée de l'évaluation d'un tiers.

Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Vous avez déjà répondu en parlant des cas où des évaluations extérieures pourraient être souhaitables.

Je voudrais remercier l'ensemble des participants à cette table ronde, les remercier aussi d'avoir tenu dans le cadre imparti et d'avoir débouché sur des propositions dont nous avons pris bonne note et qui sont très intéressantes.



Conclusion à deux voix

Par Yves Gaudemet et Roland Peylet

Yves Gaudemet,

Professeur de droit public à l'université Panthéon Assas (Paris II)

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, docteur en droit, agrégé des facultés de droit et docteur *honoris causa* des universités de Thessalonique et d'Athènes, Yves Gaudemet enseigne successivement à la faculté de droit de Rabat, de Paris X-Nanterre, de Paris V-Malakoff, et depuis 1979 à la faculté de droit de Paris Panthéon-Assas où il est président de la section de droit public de 1989 à 1994. Président du Conseil national des universités de 1994 à 2003, il est nommé en 2004 directeur de l'école doctorale de droit public Georges Vedel de l'université de Paris Panthéon-Assas et dirige le DEA puis master de droit public approfondi de 2000 à 2010. Yves Gaudemet a été conseiller juridique au cabinet du ministre des universités, il est membre du comité du contentieux de la ville de Paris, président du comité juridique de la fédération nationale des travaux publics, président du comité supérieur d'études juridiques de la Principauté de Monaco, membre du conseil général des mines, il est membre du conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel et membre de la délégation française à la Conférence générale de l'UNESCO à Nairobi et à Belgrade, président des jurys des concours de l'ENA en 2011. Il est l'auteur de nombreux ouvrages de référence dont l'important *Droit administratif des biens* (14^{ème}, Paris, LGDJ, 2011).

Roland Peylet,

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Ancien élève de l'École polytechnique (promotion 1967) et de l'École nationale des ponts et chaussées, Roland Peylet a débuté sa carrière au ministère de l'équipement avant d'entrer en 1981 au ministère de l'éducation nationale où il a exercé des fonctions à la direction des équipements et des constructions, au cabinet du secrétaire d'État auprès du ministre puis auprès du ministre et en qualité successivement de directeur de la programmation et du développement universitaire et de directeur des personnels d'enseignement supérieur. Il devient directeur départemental de l'équipement du Val-d'Oise en 1996 après avoir conduit diverses missions au ministère de l'équipement. Il est conseiller du Premier ministre pour l'urbanisme, l'équipement, le logement, les transports et la ville en 1997. Nommé conseiller d'État le 1^{er} décembre 1999, il est d'abord rapporteur à la 7^{ème} sous-section de la section du contentieux puis simultanément assesseur dans cette même sous-section et rapporteur à la section des travaux publics. Il est président adjoint à la section des travaux publics depuis janvier 2008 et membre de la section du rapport et des études depuis 2010. Parallèlement à ses fonctions au Conseil d'État, il a présidé pendant six ans la Mission de contrôle des activités ferroviaires (MCAF). Il est membre du Comité des différends et des sanctions (CoRDIS) de la Commission de régulation de l'énergie et par ailleurs président du Conseil du patrimoine de la ville de Paris et de la Commission parisienne du débat public.



Nous allons nous risquer à l'exercice qui nous est demandé, un exercice qui n'est pas véritablement répertorié : échange conclusif, dialogue conclusif, croisé... voici un domaine dans lequel le législateur n'est pas intervenu. Nous sommes donc dépourvus de toute règle pour guider notre propos. Aussi avons-nous fait appel à des stipulations contractuelles pour pallier ce défaut. Nous interviendrons successivement sur quatre thèmes dont nous avons convenus, en commençant par faire un petit point d'étape sur le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), ce qu'il a apporté mais également ce qui lui manque... *work in progress* pourrait-on dire.

Je commencerai brièvement sur le code général de la propriété des personnes publiques, qui s'est voulu une réforme d'ampleur, destinée à permettre une remise en ordre cohérente. La reconnaissance de la propriété comme instrument de la valorisation a constitué une des principales fondations, ainsi que nous l'a dit d'emblée ce matin le vice-président du Conseil d'État dans son propos introductif. A l'approche initiale du code, qui était fondée sur la distinction entre le domaine public et le domaine privé, s'est substituée une approche qui traite, comme le fait le code civil, successivement des questions d'acquisition, d'administration, d'aliénation, pour répondre aux questions auxquelles sont confrontées les personnes publiques en matière de gestion de biens, et on a vu combien de questions, tout au long de la journée, existaient et subsistent dans ce domaine.

Les personnes publiques ne peuvent consentir de libéralités, elles bénéficient d'immunités d'exécution, elles sont soumises globalement à des principes qui leur sont propres, et les régimes de la domanialité ne se définissent pas comme des régimes de propriété mais comme des régimes d'affectation. C'est ainsi d'ailleurs que s'explique la décision du Conseil constitutionnel de 2005, auquel il a été fait allusion, sur les aéroports précisément, puisque ce qui compte c'est l'affectation. Ce point n'est pas la seule innovation du code, tant s'en faut, on peut citer la définition du domaine public mobilier, une définition renouvelée du domaine public immobilier, caractérisée par le resserrement du périmètre de la domanialité publique, la codification de la théorie des mutations domaniales, l'admission des servitudes conventionnelles sur le domaine public dans le but particulier de sécuriser les divisions en volume... des avancées en ce qui concerne le régime des droits réels d'occupation du domaine public, repris à droit constant pour l'État sous le bénéfice de quelques clarifications, mais élargi dans certaines des possibilités offertes aux collectivités territoriales, et une rationalisation du régime financier de l'occupation du domaine public : modernisation des redevances, modernisation de la règle de prescription en matière de produits du domaine, renforcement des droits des créanciers en cas de retrait de titres d'occupation, ce qui n'est pas sans incidences sur les questions de valorisation qui nous ont préoccupé. Voilà, en quelques mots, un certain nombre d'avancées tout à fait substantielles. D'autres encore pourraient être évoquées, qui ont été saluées par un certain nombre d'intervenants, notamment au cours de l'après-midi. Pour autant, le CGPPP n'en constitue pas moins, pour de nombreux observateurs, un « espoir déçu » pour



reprendre les termes de François Llorens et Pierre Soler-Couteaux que je cite : « *une codification non seulement à droit constant, mais aussi à problèmes constants* »¹⁰⁸. Le propos est, à mon avis, assez dur bien qu'un certain nombre d'insuffisances demeurent. Je laisserai ici la parole au professeur Gaudemet.

Yves Gaudemet

Professeur de droit public à l'université Panthéon Assas (Paris II)

Merci M. le président. En prenant pour la première fois la parole, je voudrais d'abord remercier les organisateurs de ce colloque organisé par les plus hautes responsabilités du Conseil d'État, qui une fois de plus ont tenu à associer les universités, les facultés de droit à leur réflexion et à leurs travaux. Nous en sommes, mes collègues et moi-même, très reconnaissants ; cela nous est précieux et je voulais simplement, en propos liminaires, apporter ce témoignage que je crois partager avec tous ceux qui m'entourent.

Il faut dire que dans ce domaine, c'est le cas de le dire, des propriétés publiques, ou plus anciennement du domaine public, la doctrine n'a jamais été absente. Depuis les domanistes de l'Ancien Régime jusqu'à aujourd'hui, je crois qu'elle y a toujours eu sa part, peut-être plus importante que dans d'autres chapitres de notre droit administratif. Je ne fais pas partie des critiques qui considèrent que le code a véhiculé avec lui non seulement un droit constant, puisqu'il n'était pas à droit constant bien qu'un petit peu, mais également des problèmes constants. Je considère que le code a été une transformation radicale. Une transformation radicale, une réforme essentielle, mais une réforme qui n'est pas totalement aboutie. Et je reviens tout de suite à ce qui a été dit tout à l'heure : je crois qu'il faudra que le législateur, peut-être pas sur un panorama aussi large, mais sur tel ou tel point, reprenne la plume, parce qu'un certain nombre de questions demeurent.

Pourquoi n'est-il totalement abouti ? Parce qu'il ne pouvait pas l'être. La codification a reposé sur une loi d'habilitation, plus exactement sur trois lois d'habilitation successives, parce qu'il a fallu le temps de fabriquer le code. On ne voulait pas s'orienter vers un code à droit constant, mais il y avait tout de même des engagements qui avaient été pris lors de la loi d'habilitation devant les parlementaires. Ces engagements, pour le dire d'un mot, consistaient pour le Gouvernement à ne pas trop s'éloigner du projet de code, qui correspondait à une sorte d'actualisation privée, réalisé par M. Querrien au sein du ministère des finances. Ceci marquait déjà les limites de l'exercice. D'autres limites sont venues s'ajouter avec un certains nombres d'événements jurisprudentiels. Par exemple, avec la confirmation par le Conseil d'État de la théorie des mutations domaniales dans l'arrêt *Commune de Proville*. On peut certes considérer l'arrêt *Commune de Proville* comme l'aboutissement d'une jurisprudence, mais on peut le considérer aussi comme une résurrection. Parce que depuis le célèbre arrêt *Ville de Paris c. Chemin de fer d'Orléans* de 1909, on n'avait jamais plus fait fonctionner, au contentieux en tous cas, la théorie des mutations domaniales. On a réaffirmé cette théorie à ce moment là, et je placerai un peu sur le même registre la position de

108 F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu*, RFDA 2006.935.



la Cour de cassation, considérant qu'il existait un « *principe général du droit* » du caractère insaisissable des biens des personnes publiques, et dont on retrouve la disposition dans le code. D'une certaine façon c'est une bonne chose parce qu'il est plus facile de modifier un texte qu'une jurisprudence, - vous voyez tout de suite que je ne suis pas entièrement acquis au principe d'insaisissabilité. Voici donc un ensemble d'éléments qui s'imposaient et qui, je crois, font comprendre que le code ne pouvait pas être un travail parfaitement abouti.

Le code cependant, c'est une révolution. Pour tout dire, la révolution n'est pas tellement, à mon sens, dans la substitution, on l'a très bien dit au cours de cette journée, d'une optique de conservation à une optique de valorisation. Car la valorisation, c'est aussi une forme de conservation. Ce qu'on veut conserver, c'est l'utilité, l'affectation, et pour cela il y a besoin d'une valorisation, d'un financement, pour que précisément on respecte toujours cette exigence de l'affectation, de la satisfaction de l'intérêt général. Le grand changement, c'est la notion de propriété. Aujourd'hui le meilleur vecteur de la valorisation, c'est le droit de propriété. Tout naturellement, je dirais, le paysage juridique bascule du côté du droit privé. Et il faut bien voir que le code de la propriété des personnes publiques de 2006 comporte un certain nombre d'abrogations de dispositions d'origine du code civil, en particulier la fameuse définition de l'article 538 d'où Proudhon avait tiré l'idée du domaine public insusceptible de propriété privé ; ceci ne disparaît qu'en 2006. Il y a un basculement autour de la notion de propriété que traduit bien l'intitulé du code. J'attirerai quand même votre attention sur le fait que, dans la loi d'habilitation, on ne parle à aucun moment de propriété publique. On a parlé du domaine public et du domaine privé, c'était la démarche traditionnelle. La révolution pour ainsi dire, « culturelle », a consisté à dire, il faut réintroduire l'idée de propriété, non par elle-même mais parce qu'elle constitue le socle de la valorisation.

A partir de ce moment-là ce qui constitue - l'expression est traditionnelle chez le président Labetoulle - un « miroitement » par rapport à cette idée de propriété, c'est l'affectation. Car, de temps en temps, dans cette querelle de grands mots, de l'affectation et de la propriété, eh bien l'affectation reprend le dessus sur la propriété. Pourtant, le code établit le droit de propriété sur le domaine public comme sur le domaine privé, et fait de la domanialité publique exclusivement un régime fonctionnel, un régime d'affectation, un régime auquel il ne faut pas faire dire plus que ce que requiert l'affectation. Je reprendrai les exemples jurisprudentiels évoqués aujourd'hui et je terminerai sur ce premier point. On voit, par exemple, que dans le cas des mutations domaniales, ou plus récemment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'affaire du STIF, on nous dit : dès lors que l'affectation est conservée, vous pouvez disposer de la propriété. Voilà donc des collectivités qui sont privées de leur propriété ; ou, dans le cas des mutations domaniales, privées d'un attribut essentiel du droit de propriété, qui est le droit d'user de sa propriété, le droit d'en déterminer l'utilité. Tout ceci est possible, puisque c'est au nom de l'affectation. Il y a là, si vous voulez, une espèce de rémanence de l'affectation. Je pense que c'est un peu incohérent du point de vue du schéma général du code. Je pense aussi que cela trouvera ses limites, peut-être pas devant le Conseil constitutionnel, qui a été assez compréhensif dans



l'affaire du STIF, mais peut-être un jour ou l'autre, devant la Cour de Strasbourg, si sa compréhension du droit au respect des biens s'étend aux droits de propriété des personnes publiques. Alors il y aura des difficultés à montrer qu'au nom de l'affectation, on peut porter atteinte au droit de propriété, du moins dans ces conditions.

Dans le projet de code, il était prévu qu'on intégrât l'expropriation. L'expropriation des propriétés publiques, des propriétés du domaine public. Cela avait parfaitement fonctionné au 19^{ème} siècle. Il y a des exemples, et des exemples très nombreux ; et cela est possible tout simplement parce que l'expropriation est l'expropriation pour cause d'utilité publique. L'enquête publique fait apparaître une utilité publique du bien qui se substitue à celle qui constituait sa domanialité publique. Le bien se trouve donc « dédomanialisé », si je puis dire, au moment où on l'exproprie, et l'on retrouve, ce qui est cher à mon éminent collègue Pierre Delvolvé, cette fonction de l'État, qui reste le seul acteur de l'expropriation. La décentralisation n'a pas contourné l'État, qui reste dans sa fonction de régulateur des propriétés publiques, mais par un procédé respectueux de la propriété. Je pense donc que sur ce point il y a des évolutions possibles, des évolutions qui donneraient plus de cohérence juridique au code et qui nous permettraient, peut-être, d'éviter un certain nombre de difficultés. Nous reparlerons tout à l'heure du principe d'insaisissabilité, il est exposé, là aussi, au point de vue du droit communautaire. Il y a sans doute une réponse, fidèle à la logique propriétaire qui est dans la ligne du code et qui permettrait de prévenir ces difficultés.

Roland Peylet

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Je reviens sur la valorisation. La discussion qui s'est déroulée ce matin entre les intervenants a été particulièrement intéressante. Il a été souligné, d'abord, les différentes notions que recouvre le mot même de valorisation : détermination de la valeur, évolution de la valeur, c'est-à-dire prise de valeur, mise en valeur et production de ressources. Ce sont tous ces éléments qu'il faut réunir. S'agissant par exemple de la mise en valeur, j'ai été très frappé, parmi les exemples qui ont été donnés, par celui de la requalification possible d'un quartier par la présence d'occupants privés qui permettent de lui donner une valeur qui n'est pas nécessairement une valeur marchande, une valeur commerciale. Le dégagement de ressources est évidemment central. C'est ainsi que Sophie Boissard a insisté sur la possibilité d'alléger le fardeau, que permet la détention d'un bien par la personne publique. Le domaine a une valeur, et cette valeur, il est nécessaire de la faire fructifier. Pour autant, cet objectif de valorisation se heurte souvent à des difficultés liées au nécessaire respect des principes qui gouvernent la domanialité publique et la propriété publique, notamment les principes d'inaliénabilité et d'insaisissabilité.

Le législateur est donc intervenu. Il est intervenu à plusieurs reprises pour faire bouger les limites de la domanialité publique, telles que la jurisprudence les avait définies. Il les a fait bouger en créant le bail emphytéotique administratif, il l'a fait aussi en sécurisant, à travers le CGPPP, nous l'avons dit, grâce à la division



en volume, la possibilité de constituer des servitudes conventionnelles, alors que la jurisprudence n'admettait que les servitudes préconstituées, compatibles avec l'affectation. Mais, et cela ressort, je crois, de la discussion de ce matin, le législateur a agi de façon souvent limitée, le plus souvent circonstancielle et sans véritable vision d'ensemble. D'où une multiplicité de régimes. Il est intervenu, je viens de le dire, pour aménager le bail emphytéotique, au seul profit d'abord des collectivités territoriales en 1988. Il l'a fait ensuite pour préciser le régime des autorisations d'occupations temporaires, en ce qui concerne d'abord l'État, avec la loi de 1994, puis les collectivités territoriales, avec le CGPPP puis, lors de la création du contrat de partenariat, par l'ordonnance du 17 juin 2004, puis encore par celle du BEA de valorisation en 2010. D'où un éventail de régimes d'occupation des propriétés et domaines publics autorisant ou imposant l'octroi de droits réels à l'occupant, avec des différences de régime très importantes.

Un certain nombre d'intervenants se sont satisfaits de cette panoplie. J'ai en mémoire les propos des représentants de la SNCF ou de la ville de Paris. Même si une évolution législative d'ensemble n'est pas souhaitée par tous, à tous s'impose une réflexion sur la portée exacte de ces différents régimes et leur harmonisation. On peut s'interroger sur les champs d'application respectifs des différents BEA et sur leur justification. On se demande pourquoi le régime d'AOT n'est pas le même pour les domaines des collectivités territoriales et de l'État. Pourquoi l'octroi de droits réels suit-il des règles différentes dans un cas et dans l'autre ? Pourquoi l'occupation privative en vue de la conduite d'une activité propre à l'occupant est-elle possible sur le domaine public de l'État d'une manière qui n'est pas exactement la même que sur celui des collectivités territoriales ? De l'avis général, la modernisation du régime financier de l'occupation du domaine public est restée inachevée. Une remise en ordre ne sera pas la panacée, nous a-t-il été dit ce matin par l'une des intervenantes, dans la mesure où la question qui fait souvent difficulté est celle des frontières entre les différents contrats en cause. Même si l'on harmonise ces contrats, de toute façon il restera des frontières. Pour autant, on peut penser que des progrès sont et restent réalisables dans une recherche, si ce n'est du jardin à la française que personne n'a véritablement appelé de ses vœux ce matin, au contraire, en tout cas d'un minimum de mise en cohérence de l'ensemble de cet arsenal.

Yves Gaudemet

Professeur de droit public à l'université Panthéon Assas (Paris II)

Effectivement, nous avons appris beaucoup de choses de la pratique, sur l'utilisation qui est faite par les grands propriétaires domaniaux de ces différents instruments, apparus un peu dans le désordre et, au fond, quand le besoin le commandait. J'inverse un petit peu l'ordre par rapport au déroulement de notre journée qui a été très riche, mais cette valorisation doit se faire dans le cadre des grands principes qui nous ont été rappelés cet après-midi, c'est-à-dire l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité, l'incessibilité « à vil prix » et l'insaisissabilité. C'est dans ce cadre qu'elle s'effectue, avec les limites qu'il comporte et donc la nécessité, peut-être, de le faire bouger, quoiqu'il soit toujours difficile de faire bouger des piliers.



Je voudrais simplement, d'un mot, revenir sur ces principes qu'on a qualifiés de grands principes, qui sont extrêmement historiques et qui n'ont absolument pas la même signification ni la même portée selon les époques. L'inaliénabilité du domaine public n'a pas grande chose à voir avec l'inaliénabilité du domaine de la Couronne où les auteurs sont partis la puiser. D'abord, elle ne désigne pas du tout les mêmes biens. Ce que nous rangeons aujourd'hui dans le domaine public ne correspond pas au domaine visé par l'édit de Moulin de 1566. Mais surtout, l'inaliénabilité du domaine, c'est alors une règle constitutionnelle, une loi fondamentale du Royaume. C'est même, dit Olivier Martin, la seule loi, avec l'indisponibilité de la Couronne, la seule loi qui est rappelée dans toutes les formules du sacre qui se sont succédées au cours de l'Histoire. C'est une règle constitutionnelle qui s'impose aux monarques, contemporaine de la naissance de l'État. Elle consiste à distinguer le patrimoine de l'État de celui de la personne du Roi et d'éviter, ce qu'il ne manquera pas de faire, que le roi dilapide, crée des apanages etc. Voilà la fonction de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Ca n'est plus du tout la fonction du principe d'inaliénabilité actuelle. L'inaliénabilité actuelle n'est pas une règle foncière, n'est pas une règle patrimoniale ; l'inaliénabilité, Marcel Waline l'écrivait déjà, c'est celle de l'affectation. Tant que la personne publique a donné aux biens une affectation déterminée, on ne peut pas y toucher. L'inaliénabilité protège donc l'affectation. Elle n'a de sens que dans ce qui est nécessaire dans l'espace, dans le temps et en intensité juridique pour protéger l'affectation. Donc, un pilier si l'on veut, mais un pilier qui ne supporte plus du tout le même péristyle qu'antérieurement.

En revanche, on a tendance à passer très vite à la trappe l'imprescriptibilité. Or, tous les domanistes de l'Ancien Régime, dans les traités de la prescription, lient l'imprescriptibilité du domaine à ce qu'ils écrivent sur la prescription. L'idée est que l'imprescriptibilité est une règle essentielle car ce que l'on craint, c'est que le temps passant, la prescription acquisitive jouant, les occupants des emprises publiques soient titrés et, ainsi titrés, qu'il y ait un appauvrissement des collectivités publiques. Tout ceci est présenté par Chopin, par Delamarre etc., comme beaucoup plus important que l'inaliénabilité. Elle n'est d'ailleurs n'est pas tellement de leur registre en tant qu'administrateurs, puisqu'elle relève du droit constitutionnel. Dans le fait qu'un bien qui n'est plus affecté ne quitte pas le domaine public tant qu'il n'y a pas un acte explicite de déclassement, il y a bien cette idée constante que l'on veut épargner aux collectivités publiques un appauvrissement par le temps qui passe sans qu'elles s'en rendent compte. L'imprescriptibilité est donc une règle tout à fait fondamentale.

L'incessibilité à vil prix, on l'a dit souvent, ce n'est pas autre chose que l'interdiction des libéralités portant ici sur la cession d'un immeuble. Elle a toujours été comprise comme interdisant les libéralités, c'est-à-dire l'intention libérale, mais pas les contrats à titre gratuit. Les contrats à titre gratuit, en effet, ce n'est rien d'autre que les subventions. Dans les subventions il n'y a pas de contrepartie financière, mais il y a bien quelque chose qui est un engagement, Jèze l'écrivait déjà, d'assurer une activité d'intérêt général. Dans l'arrêt *Commune de Fougerolles*, avec peut-être un assouplissement encore plus grand dans *Commune de Mer*, je ne vois pas



autre chose que la permanence de cette jurisprudence qui est tout simplement l'interdiction de l'intention purement libérale aux personnes publiques, tout simplement parce que l'argent qu'elles engageraient dans une intervention libérale n'est pas le leur, mais c'est celui qui a été collecté par l'impôt. Cela n'interdit pas qu'il n'y ait pas de contrepartie financière et cela n'interdit pas le contrat à titre gratuit. Si nous disons cela, nous interdisons toutes les subventions, toutes les formes d'aide.

L'insaisissabilité a été reprise du décret sur la comptabilité publique du Second Empire, où elle figurait effectivement. Mais elle n'y figurait plus au moment où on l'a ressuscitée dans le nouveau décret sur la comptabilité publique, qui avait été pris cent ans après le précédent. On a pourtant considéré qu'il y avait là un principe fondamental. Mais je pense que ce principe a été affirmé à contretemps. Il l'a été par des décisions de la Cour de cassation, nous le savons. Ces décisions ont cassé des arrêts des cours d'appel d'Aix et de Paris, qui, elles, avaient fait une distinction qui me paraît aller dans la vérité du principe d'insaisissabilité. Est insaisissable tout ce qui est nécessaire à la continuité du service public. La limite de la saisie, c'est la continuité du service public. L'affaire de la cour de Paris concernait la SCNF : vous pouvez saisir dans les agences de voyage des créances de la SNCF, mais vous ne pouvez pas saisir du matériel ferroviaire. Ceci me paraît infiniment justifié par le principe de continuité du service public. Généralisé comme il l'est, le principe d'insaisissabilité est au contraire un principe contre-performant. Je livre ici une réflexion que je fais souvent mais qui est encore apparue aujourd'hui dans nos débats : il n'est jamais bon que les personnes publiques essaient de contourner une règle de droit public. Cela prouve, et nous le voyons constamment en matière de marchés publics et de domanialité publique, que cette règle ne tient plus. Il faut rappeler une certaine discipline juridique, c'est évident, mais je crois qu'il est quand même significatif de voir que ce sont les établissements publics qui se sont battus contre le principe d'insaisissabilité, que c'est EDF, à l'époque établissement public, qui s'est battu contre la domanialité publique. Ce n'est jamais très bon signe.

La valorisation opère donc dans le cadre de ces principes, dont, je le répète, la portée doit être à mon sens relativisée. Oui, valorisation par l'outil de la propriété, ce qui implique une meilleure identification des propriétaires et des titres de propriétés, car une des difficultés qui apparaît lorsque l'on procède précisément à ces opérations de valorisation, c'est de savoir exactement qui est propriétaire, quelle est exactement l'origine de propriété, et quelle est la configuration du bien. Le Grand palais et le Petit Palais en sont un exemple. Pour le Pentagone à la française on s'est aussi interrogé sur la limite de propriété après le déclassement des fortifications, où cela s'arrêtait, où cela ne s'arrêtait pas... Il y a là, et je pense que Maître Cheuvreux sera d'accord avec moi, la nécessité de recourir à l'outillage notarial, qui est un élément de sécurité juridique. Pour valoriser, si l'on veut faire de ses biens des opérations commerciales, des opérations de logements, il faudra rendre compte, s'expliquer sur l'origine de la propriété. Certains biens ont été transférés au domaine public avec un droit de retour s'ils n'avaient pas reçu telle affectation : ce droit de retour va-t-il jouer ? On s'en aperçoit au moment de la vente. Je crois que l'acte administratif qui a son utilité trouve tout de même ses



limites dans des opérations de valorisation lourdes, encore une fois pour cette question de sécurité juridique.

Sur les instruments de valorisation, je ne reviendrai pas sur ce qu'à déjà dit le président Peylet : je crois qu'il faut mettre un peu d'ordre, tout simplement parce que les choses se sont faites dans le désordre, au coup par coup en fonction des besoins, parce que l'on s'apercevait que pour telle opération nous n'avions pas le cadre exact. Il ne faut pas oublier que le BEA, à l'existence duquel je n'ai pas cru au départ parce que je le trouvais d'une complexité extraordinaire a eu un succès tout aussi extraordinaire. Mais le BEA est né d'un amendement parlementaire pour faire obstacle à la jurisprudence EUROLAT, ce n'est pas du tout un schéma réfléchi. La loi de 1994, dont on a dit la difficulté d'application, surtout si on utilise le décret d'application de 1995, a été faite, initialement pour les ports maritimes, et nous avons progressivement élargi les choses. Nous savons tous également que le BEA valorisation est né d'un besoin particulier. J'ai appris ce matin en arrivant qu'il y avait un BEA « Euro 2016 » pour accueillir les manifestations du prochain championnat d'Europe de football. On a créé exprès un nouveau BEA.

Je pense sincèrement que le moment est venu d'une unification. Elle a été évoquée lors de la fabrication du code, elle n'était pas possible compte tenu encore une fois de ce qu'il s'agissait d'une codification encadrée, limitée, par les engagements qui avaient été pris, bien qu'à droit non constant. Mais il est certain que, sur ce point, nous n'avons pas été jusqu'au bout de l'exercice. Bien que l'on nous ait dit en terminant que moins nous toucherions à l'édifice mieux ce serait, je pense que sur ce point, il faut tout de même harmoniser les choses. Cela ne sera pas facile car nous parlons des biens publics, et il n'y a rien de plus hétérogène. Le doyen Carbonnier disait déjà que le législateur a mis sur l'extraordinaire variété des choses le « capuchon gris des biens ». Entre les biens d'une petite collectivité locale, les biens de la ville de Paris, ceux des grands propriétaires publics, il n'est pas certain que l'on trouve toujours, et d'ailleurs on le voit bien dans le code, des outils qui soient « uniformisables » si je peux employer ce barbarisme. Mais je pense tout de même qu'il y a nécessité, c'est d'ailleurs ce qui nous a été dit, d'aller dans le sens d'une unification de ces différents régimes. Nous y reviendrons ultérieurement à propos des droits réels.

Nous avons prévu de parler des procédures de valorisation et notamment de l'appel à la concurrence. Nous avons vu en effet qu'en matière de marchés, les règles législatives étaient déterminées : mais lorsqu'il n'y a rien, que doit-il se passer ? Je crois que l'arrêt *Jean Bouin* a une vertu très claire, qui est de bien établir la distinction entre tous les contrats qui véhiculent avec eux un éléments de marché, de prestation de service, de travaux, et la concession domaniale, la convention d'occupation domaniale pure, dans laquelle on consent exclusivement une convention d'occupation domaniale.

Quand nous sommes dans le premier registre, il est clair qu'il faut mettre en concurrence, et là il n'est même pas nécessaire d'invoquer la forme de la commande publique, par exemple dans un BEA il y aura également demande de travaux pour la collectivité locale. Chaque fois qu'il y a un élément de marché,



c'est-à-dire de prestation, de service rendu à la collectivité locale ou de travail fourni nous sommes dans le domaine de la commande publique. Là les choses sont claires. Mais lorsque nous sommes en matière de convention d'occupation domaniale pure et dure, il me semble qu'il y a un autre droit de la concurrence qui doit intervenir, qui n'est pas le droit de la concurrence marchés, qui est la postérité de l'arrêt *Société Million Marais* et de l'arrêt *Société EDA* : une personne publique prend sur un marché ouvert à la concurrence, et seulement sur un marché ouvert à la concurrence, une initiative qui constitue une distorsion de concurrence, puisqu'elle ne sollicite pas la concurrence. Et c'est à ce titre, dans la lignée de l'arrêt plus *Société EDA* d'ailleurs, puisqu'il s'agissait du domaine public, que *Million et Marais*, qu'il me semble qu'il ne peut y avoir d'appel au législateur. Il s'agit d'une question d'existence d'un marché, ce marché existe ou n'existe pas. D'autre part le Conseil d'État sera peut-être amené à préciser, en prenant un peu de souplesse par rapport à cette proposition, l'idée selon laquelle lorsqu'il n'y a pas de textes il n'y a aucune procédure de mise en concurrence. Moi je dis qu'il y a un texte, c'est l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 codifiée au code de commerce. Au nom de la légalité administrative, l'acte par lequel vous consentez une convention d'occupation domaniale, ou cette convention elle-même, si elle introduit sur un marché ouvert à la concurrence, une distorsion de concurrence, doit respecter des règles de publicité qui ne sont pas celles du code des marchés, qui sont adaptées à cet élément là. Voilà pourquoi je m'étais permis de dire tout à l'heure, que je me permettrais de contredire mon éminent collègue Pierre Delvové, car je crois que ce n'est pas un problème de commande publique.

Roland Peylet

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Nous constatons à tout le moins, après avoir écouté les intervenants de ce matin, que voilà un principe qui ne s'impose pas aux personnes publiques mais que celles-ci s'appliquent à respecter dans les faits. Dès qu'il y a des enjeux économiques on constate qu'il y a publicité, voire mise en concurrence même si le représentant de la ville de Paris a pu saluer, et on le comprend, la décision *Jean Bouin*. Il a été dit au demeurant par le président de la section du contentieux que cette décision n'était pas destinée à fermer le débat sur le sujet et, en effet, il ne faut pas la lire de cette façon.

Yves Gaudemet

Professeur de droit public à l'université Panthéon Assas (Paris II)

Et vous avez introduit, M. le président, la catégorie des décisions de jurisprudence *ad hoc* si j'ai bonne mémoire.

Roland Peylet

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Après cette intermède sur les procédures, il faut dire un mot sur le problème des droits réels, qui reste un élément tout à fait central dans le dispositif de valorisation. Sans droit réel en effet, quelle valorisation possible ? Seule l'existence de droits réels ouvre la possibilité pour l'occupant du domaine de se présenter



devant un financeur pour obtenir de quoi réaliser les investissements qu'il est amené à faire. On peut avoir l'impression, à travers ce qui nous a été révélé des expériences des praticiens et des uns et des autres, que ces droits réels souffrent de fragilité. Ces droits sont un peu plus clairs lorsqu'il y a bail, raison pour laquelle le bail emphytéotique administratif a plus de succès que l'autorisation d'occupation temporaire, dans la mesure où les droits portent non seulement sur l'ouvrage mais également sur le terrain. Mais les choses ne sont pas si limpides. Les auteurs divergent en ce qui concerne l'autorisation d'occupation temporaire : la plupart s'en tiennent à la lettre du texte qui n'attribue des droits que sur les ouvrages constructions et installations, de caractère immobilier que l'occupant réalise pour l'exercice de l'activité autorisée par le titre, donc à l'exclusion de tout droit sur le fonds du domaine public lui-même. Mais certains commentateurs distinguent, à côté des droits sur les biens construits, un « droit de superficie », c'est ainsi qu'ils le nomment, qui serait distinct du droit portant sur les biens construits mais qui, en revanche, n'en serait plus dissociable une fois les constructions réalisées. Il est vrai que si l'on suit la thèse selon laquelle l'inaliénabilité protège seulement l'affection, c'est la vôtre M. le professeur, ce qui ressort de la jurisprudence, c'est que l'existence de droits sur le domaine lui-même n'est pas impossible. Pour les auteurs du code cependant, il n'existerait qu'un droit superficiel conféré par le titre, et qui ne constitue en aucun cas un droit sur le fonds lui-même. Ce droit a une valeur économique et constitue une garantie à offrir seulement durant la validité du titre.

Sur la nature des droits, on retrouve pareilles incertitudes : le régime de l'autorisation d'occupation temporaire ne reconnaît à l'occupant que « les prérogatives et obligations du propriétaire » alors que les jurisprudences antérieures lui reconnaissaient un droit de propriété, temporaire il est vrai, sur le bien construit. Y a-t-il un recul sur ce point ? Peut-être, mais si l'article L. 2122-9 du CGPPP dispose que les ouvrages maintenus à l'issue du titre d'occupation deviennent la propriété de la personne publique, c'est donc qu'ils ne l'étaient pas avant. Pourquoi alors ne pas l'avoir dit à l'article L. 2122-6 ? Je pense que sur ces questions, les précisions que réclament un certain nombre de professionnels seraient les bienvenues.

Il serait utile d'engager une réflexion d'ensemble qui manque encore cruellement sur cette question des droits réels sur le domaine public. Il sera alors possible à son issue de mesurer les conditions et les limites dans lesquelles peuvent être opérés un rapprochement des régimes et une harmonisation, une mise en cohérence de cet ensemble.

Yves Gaudemet

Professeur de droit public à l'université Panthéon Assas (Paris II)

La question des droits réels est fondamentale mais elle présente aussi un aspect un peu incantatoire. S'agissant d'abord des servitudes, le code a fait aboutir complètement la réflexion sur les droits réels. L'article L. 2122-4 du CGPPP, renvoyant à l'article 689 du code civil, indique que l'on peut établir des servitudes conventionnelles sur le domaine public. Nous ne parlons pas en effet des servitudes



légales, la jurisprudence les écartait, mais des servitudes conventionnelles réciproques sur les fonds publics, sur le domaine public, et sur le domaine privé. C'est donc un droit réel sur le domaine public, qui n'est pas contraire au principe d'inaliénabilité, et nous avons dans ce même article la vérification de cette idée du lien entre affectation et inaliénabilité, puisqu'on nous dit que la limite au pouvoir d'établir des servitudes réside dans la compatibilité de leur établissement avec l'affectation du domaine public. L'interdiction des droits réels, c'est bien au non de l'affectation, puisque quand l'affectation est préservée on peut consentir une servitude, et une servitude définitive, qui n'est pas limitée dans le temps ; ce qui actuellement la distingue de l'autorisation d'occupation temporaire, dont le Conseil constitutionnel a refusé qu'elle soit renouvelée au-delà de soixante-dix ans. Peut-être que nous y reviendrons par une de ces QPC qui fleurissent aujourd'hui mais là, il y a un droit réel définitif. On ne peut le faire disparaître que par voie d'expropriation, puisqu'il est désormais possible d'exproprier une servitude sans exproprier le fonds. Si l'utilité publique le requiert, on exproprie la servitude dans les limites du code de l'expropriation ce qui, entre parenthèses, montre la possibilité d'utiliser le code de l'expropriation dans la redistribution des propriétés publiques.

Donc ceci est abouti et, M. le président, je le relie à ce que vous avez dit ce matin de la copropriété et qui m'a beaucoup intéressé. La copropriété est interdite. La jurisprudence du Conseil d'État est claire la dessus parce que, comme nous dit le commissaire du gouvernement Toutée, la domanialité publique écrase tout, on ne veut pas qu'il y ait des éléments de droit réel, du droit de propriété, avec lequel le propriétaire public soit amené à composer¹⁰⁹. Or, Philippe Terneyre enseigne aussi bien dans un local loué dans un lot de copropriété que dans le bâtiment de son université qui fait partie du domaine public. Là aussi, ce sont des pistes. Je ne suis pas certain que cette jurisprudence soit absolument fondée, et elle est à l'origine de vraies difficultés. Pourquoi en effet a-t-on eu ce texte sur les servitudes réelles ? C'est parce qu'on ne pouvait pas faire de la copropriété, et quand vous avez des volumes superposés, les uns propriétés privées et les autres dépendances du domaine public, il faut bien par exemple, une servitude de tour d'échelle, d'où les servitudes ! Si on avait pu utiliser la loi de 1965 sur la copropriété, je crois que les choses auraient été réglées plus simplement et que le principe d'inaliénabilité attaché à l'affectation n'en aurait pas souffert.

J'en viens maintenant aux droits réels de l'occupant. Sur ce sujet, mon sentiment est qu'il y a eu une démarche quelque peu incantatoire. Notamment du point de vue de la « bancabilité » des opérations dont on nous a parlé. Il fallait une autorisation constitutive de droits réels : c'était vendeur, ça donnait une sécurité juridique, et donc les titres se sont multipliés, indiquant cette possibilité de droits réels. Mais d'une part, on a vu qu'ils étaient très difficiles à mettre en œuvre – je dirais en réponse à la question qui a été posée par Philippe Terneyre tout à l'heure, à propos de la loi de 1994, qu'on a très peu utilisé les droits réels de la loi de 1994 – d'autre part, lorsque ces droits réels consistent en une sûreté (crédit hypothécaire par

109 CE 11 février 1994 *Compagnie d'assurance La Préservatrice Foncière*, n°109564 ; CJEG 1994.548 concl. Toutée.



exemple), la réalisation du gage n'est pas possible : c'est le principe d'insaisissabilité. Et ceci vaut également pour les biens du domaine privé. Comment voulez-vous réaliser le gage si le bien est insaisissable ? Là encore, paralysie, nécessairement ! Donc, ce que je vois dans cette affaire des droits réels, c'est quelque chose qui est un peu de l'ordre de l'affichage. Qu'est ce que l'on recherche en réalité ? C'est une patrimonialisation des autorisations. On veut que celui qui est titulaire de l'autorisation – de ce point de vue les écritures comptables sont très intéressantes – soit véritablement propriétaire. Peu importe si c'est juridiquement exact ou pas, du moment que l'autorisation est entrée dans son patrimoine pour une certaine durée avec une sécurité juridique suffisante. Le législateur l'a assez bien compris lorsqu'il a, par exemple, traité de cette variété assez singulière d'autorisations d'occupation domaniale que sont les licences hertziennes : il a prévu un droit au renouvellement, parce que sinon, il n'y avait pas d'autorisation possible, il n'y avait pas de licence possible¹¹⁰. Nous voyons aussi que dans les conventions d'occupation domaniale, toutes ces clauses de patrimonialisation figurent. Et nous voyons aussi que l'orientation de la jurisprudence n'est quand même pas résolument hostile à cette patrimonialisation, sans renoncer, comme on nous l'a suggéré tout à l'heure, au caractère personnel, précaire et révocable. Cette révocabilité existe, mais dans des conditions financières qui sont telles que le patrimoine de l'occupant ne s'en trouve pas affecté.

Ma question est donc celle-ci, nourrie de tout ce que j'ai entendu durant la journée : devons-nous chercher la stabilité juridique de l'occupant, qui est la condition de son intervention dès lors qu'il y a un investissement, exclusivement sur le chemin des droits réels ? N'y a-t-il pas d'autres outils, en particulier du législateur, qui permettraient d'aménager cette patrimonialisation sans aller jusqu'aux droits réels, auxquels – et là, je rejoins absolument ce qu'a dit le président Peylet – il faut au moins donner une unité si on veut les conserver, et savoir exactement ce que sont ces droits réels ?

Quant au débat autour de ce sur quoi portent les droits réels : il me paraît de la nature de ceux que je ne pourrais certainement jamais trancher, et peut-être pas même aborder ! Le droit réel porte sur quoi on a besoin qu'il porte, c'est-à-dire sur ce qui a une valeur. Cette vision dont nous avons hérité des privatistes, du sol et de la construction au-dessus, ne correspond ici à rien ! Le sol disparaît dans toutes ces opérations. La sûreté doit porter sur la réalité des choses, sur ce qui a de la valeur. Nous sommes partis dans des discussions et des analyses extrêmement subtiles, et extrêmement intéressantes il est vrai, nourries par la variété de vocabulaire des textes, qui parlent quelquefois de droits réels sur le domaine, du droit réel, des droits réels, des droits réels sur les constructions ; même la loi de 1994 n'emploie pas les mêmes termes dans son intitulé et dans son dispositif ! Nourries aussi parce que, quand est intervenu l'arrêt SAGIFA, nous nous sommes dit qu'il n'était pas possible que cet arrêt opère d'une certaine façon un retour en arrière ; ainsi, il y avait déjà un droit réel sur les constructions et là, l'arrêt ajoute un droit réel sur le domaine public lui-même¹¹¹...

110 V. art. L. 42-1 du code des postes et communications électroniques.

111 CE 21 avril 1997 *Ministre des finances c. Société SAGIFA*, n°147602, RFDA 1997.935 note Fatôme et Terneyre.



J'ai une approche, que vous allez qualifier de simpliste, mais que je présenterai simplement comme « simple », et en tout cas callée sur la réalité économique du procédé : ce qu'il faut et c'est la condition de l'investissement, c'est que l'investisseur soit titré de façon suffisamment solide et stable pour la durée qui est prévue au contrat.

Un dernier mot enfin sur le fonds de commerce. Le fond de commerce, c'est le même problème ! Le fonds de commerce, régi par le code de commerce avec le droit au bail, la possibilité de présenter un successeur, ne va pas avec les occupations domaniales ; mais rien n'interdit de bâtir conventionnellement un bail qui permet une occupation du domaine public, une convention d'occupation du domaine public, qu'il ne faudra surtout pas appeler le « bail commercial administratif », mais un bail spécifique, qui, à mon avis, n'a pas tellement besoin du législateur dans le cadre de la liberté contractuelle, qui retranche du bail commercial ce qui est incompatible avec la domanialité publique, mais qui correspond quand même à une valorisation intégrant la clientèle, les immobilisations, etc., comme c'est la logique du bail commercial. L'histoire montre que cela a été possible.

Roland Peylet

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Oui, on nous a expliqué ce matin qu'il était possible, à travers les contrats, de retrouver des éléments qui, sans avoir la nature du bail commercial – ils ne peuvent pas l'avoir –, peuvent procurer un certain nombre d'avantages qui, sans être équivalents, sont tout de même satisfaisants pour arriver aux fins que l'on souhaite.

Je terminerai par quelques mots brefs sur la cession. Les mêmes principes sont à l'œuvre, affaiblis selon certains, pas assez selon d'autres. Ils sont affaiblis, dans la mesure où ils paraissent dans certains cas un peu dépassés, et surtout parce que la loi les écorne de temps à autres, mais ils demeurent de toute façon en laissant du jeu (nous a-t-on dit). En tous cas, ils n'ont pas paru constituer, s'agissant de la cession, des obstacles fondamentaux puisque ce qui a été demandé, en termes de préconisations, ce sont seulement des réglages et non une réforme d'ensemble, preuve s'il en était que nous n'avons pas là, finalement de très grosses difficultés, grâce peut-être aux évolutions qui se sont produites au cours des années passées.

Le problème central, et ce n'est pas surprenant, c'est celui de la recherche de la juste valeur, c'est la principale difficulté qui ressort de la discussion, et c'est effectivement une difficulté. Je le sais moi-même d'expérience. Dans le cadre de mes activités de président de la Commission du patrimoine de la ville de Paris, je vois passer un certain nombre de projets de cessions. Les dossiers sont toujours accompagnés de plusieurs expertises : nous avons parfois deux expertises, plus l'avis de France Domaine. Et à chaque fois, alors même que les experts emploient les mêmes méthodes d'évaluation y compris France Domaine (méthode par comparaison, méthode du promoteur c'est-à-dire façon de calculer un prix maximum selon l'usage prévu du bien ou méthode par rendement, très difficile pour les personnes publiques puisque leurs immeubles ont rarement un rendement, seulement un rendement théorique), il y a des divergences. Ces divergences, qui tiennent en particulier, quand on plonge dans le détail, à la façon dont sont appréciés des



éléments de calcul intermédiaires, des paramètres : par exemple, pour la méthode par rendement, tout se joue sur l'indice d'actualisation que l'on choisit, et cela suffit à déboucher sur des valeurs assez différentes. C'est une recherche difficile.

Là aussi, puisqu'il s'agit d'apprécier la valeur économique, la mise en concurrence a pour vertu au moins de d'approcher cette valeur de façon pragmatique à travers ce qu'offrent un certain nombre de partenaires sur le marché. D'autres formes ont été plus débattues, assez savantes – je ne saurais entrer dans les détails –, qui permettent de se placer dans la situation de la valeur à terme à travers un certain nombre de clauses suspensives ou de complément de prix, et là j'ai admiré la virtuosité technique d'un certain nombre d'intervenants du débat de cet après midi.

Yves Gaudemet

Professeur de droit public à l'université Panthéon Assas (Paris II)

Juste un mot : je pense qu'effectivement ces montages – Maître Cheuvreux ne sera pas fâché que j'emploie ce qualificatif – sont extrêmement ingénieux.

Sur les conditions suspensives, je crois que le fond du débat est celui là : les conditions suspensives, tant qu'on veut, tant qu'on ne touche pas à la l'indisponibilité des compétences, c'est-à-dire tant que la personnes publique venderesse ou acquéreur ne prend pas un engagement correspondant à une condition qui entreprend sur une compétence qu'elle doit exercer en temps réel ; je pense que c'est là la limite de l'exercice. L'indisponibilité des compétences, c'est l'impossibilité de prendre un engagement dans un contrat, de faire telle chose qui doit être faite au moment ou s'exerce la compétence et en fonction des circonstances prévalentes. Je pense que c'est la seule limite.

Enfin, je m'écarterais un peu de mon éminent collègue Étienne Fatôme. Je ne suis pas hostile à ce qu'on réfléchisse à étendre les droits réels au domaine naturel. On n'y portera pas pour autant atteinte puisqu'il y a toujours le chien de garde de l'affectation. D'une part, il est quelquefois difficile de distinguer le domaine naturel et le domaine artificiel : où ranger le domaine hertzien ? D'autre part, il me semble que pour certains grands aménagements, je pense en particulier à l'aménagement d'un dispositif en mer pour éviter qu'une plage ne disparaisse complètement, c'est un travail considérable : le sable s'en va, il faut faire un ouvrage très lourd, onéreux ; pourquoi est-ce qu'on n'utiliserait pas des éléments qui sécurisent l'investissement ? Ce serait alors dans l'intérêt de l'environnement, puisqu'il s'agit que la plage ne parte pas.

Roland Peylet

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Sur ces mots, je vous propose de clore cette journée et vous remercie tous vivement d'y avoir participé.





**Index des principaux textes (annexe 1) et jurisprudences (annexe 2)
cités dans les débats**

Textes

<i>Code rural</i>	118
Article 451-1 [bail emphytéotique].....	118
<i>Code général de la propriété des personnes publiques</i>	118
Article L. 2121-1	118
Article L. 2122-1 [titre d’occupation]	118
Article L. 2122-2 [durée de l’occupation].....	119
Article L. 2122-3 [précarité de l’occupation].....	119
Article L. 2122-4 [servitudes conventionnelles sur un bien du domaine public]	119
Article L. 2122-6 [autorisation d’occupation temporaire dite « AOT – droit réel »].....	119
Article L. 2122-15 [immobilier de la justice, de la police et de la gendarmerie dits « AOT-LOPSI »]	119
Article L. 2341-1 [bail emphytéotique administratif de valorisation dit « BEA – valorisation »]	119
<i>Code général des collectivités territoriales</i>	120
Article L. 1311-2 [bail emphytéotique administratif dit « BEA »].....	120
Article L. 1311-3	121
<i>Code de la santé publique</i>	122
Article L. 6148-2 [bail emphytéotique hospitalier dit « BEH »].....	122
<i>Code civil</i>	123
Article 639 du code civil [servitudes conventionnelles – v. art. L. 2122-4 CGPPP].....	123
Article 1130 [vente des choses en l’état futur]	123
Article 1589-1 [régime des promesses de vente].....	123
Article 1592.....	123
Article 2060.....	123
<i>Code du domaine de l’État</i>	124
Article R. 129-5 [cession à l’amiable d’immeuble du domaine privé de l’État].....	124



Jurisprudences	125
<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>	125
CEDH Gr. ch. 29 mars 2010, Brosset-Triboulet et al. c. France, n°34078/02	125
<i>Conseil constitutionnel</i>	126
2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, Région Centre et Région Poitou-Charentes [AFPA - transfert de biens publics]	126
2009-594 DC du 3 décembre 2009, Loi relative à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports (STIF).....	127
2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat	127
2005-513 DC du 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports	128
2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit	129
94-346 DC du 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.....	131
86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social	133
<i>Conseil d'État</i>	133
CE, 23 mai 2011, EPAD, n° 328525.....	133
CE, 16 mai 2011, Commune de Moulins, n° 317675.....	134
CE, 19 janvier 2011, Commune de Limoges, n°323924	134
CE Sect., 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, n° 338272, 338527.....	134
CE Sect., (avis) 29 avril 2010, M. et Mme Beligaud, n° 323179.....	135
CE, 25 novembre 2009, Commune de Mer c. MM. Pépin et Raoul, n° 310208.....	136
CE, 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, n° 316534	137
CE, 5 janvier 2009, Association « Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes », n° 305021.....	137
CE, 22 janvier 2007, Association « Les amis des Tuileries », n°269360.....	137
CE 18 novembre 2005, Société fermière de Campoloro et al., n°271898.....	139
CE, Ass. 4 novembre 2005, J.-C. Decaux, n° 247299	139
CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée, n° 250124.....	140
CE, 23 juin 2004, Commune de Proville, n° 253419.....	140



CE, 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes maritimes et Commune de clans, n° 245239.....	141
CE, 26 mars 1999, Société EDA, n° 202260.....	141
CE, 6 avril 1998, Communauté urbaine de Lyon, n°151752.....	142
CE Sect., 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles, n° 169473..	143
CE, 21 avril 1997, Ministre du budget c. Société SAGIFA, n° 147602	143
CE Sect., 23 juin 1995, Association Défense Tuileries, n° 161311.....	143
CE, 25 février 1994, SA Sofap-Marignan et al., n° 144641, 145406.....	144
CE, 11 février 1994, Compagnie d'assurances La Préservatrice Foncière, n° 109564.....	145
CE, 3 décembre 1993, Ville de Paris c. Parent, n° 146710.....	145
CE, 4 mars 1991, Mme Palanque, n°79528 (Rec. (T.) p. 976 ; <i>D. 1992, somm. 377, obs. Bon</i>).....	146
CE, 3 mai 1963, Commune de Saint-Brévin-les-Pins, n° 45478, 54634 à 54636.....	148
CE Sect., 19 octobre 1956, Société « Le Béton », n° 20180.....	148
CE, 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale, n° 66679.....	149
CE Sect., 28 juin 1935, Marécar, n° 36905.....	149
CE Sect., 29 janvier 1932, Société des Autobus antibois, n° 99532 ..	150
CE, 17 janvier 1923, Piccioli, n° 69886, 77666.....	151
CE 16 juillet 1909, Ville de Paris c. Chemin de fer d'Orléans, n° 22925 à 22960.....	151
<i>Cour de cassation</i>	151
CA Paris, 18 mars 1986, BRGM.....	151
CA Aix en Provence, 11 juillet 1984, SNCF c. Groupement régional des ASSEDIC de la région parisienne.....	152
<i>Tribunal des conflits</i>	152
TC, 22 novembre 2010, SARL Brasserie du Théâtre, n° 3764.....	152
TC, 12 avril 2010, Société ERDF c. M. et Mme Michel, n° 3718.....	153
TC, 6 mai 2002, M. et Mme Binet, n° 03287.....	153
<i>Tribunaux administratifs</i>	154
TA Nîmes, 3 mars 2011, Mme L., Société le Palais des Pains, Société ABC la Brioche Chaude et autres, M. Chiapellini et autres, n°s 1002678, 1003096, 1003188 et 100319.....	155



Annexe 1 – Principaux textes cités dans les débats

L'annexe 1 présente les principaux textes législatifs et réglementaires discutés par les intervenants et la salle. Y figurent notamment les institutions les plus discutées actuellement, à savoir les formules unilatérales et contractuelles d'occupation temporaire du domaine public, constitutives d'un ou de droits réels.

Code rural

Article 451-1 [bail emphytéotique]

Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

Code général de la propriété des personnes publiques

Article L. 2121-1

Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation.

Article L. 2122-1 [titre d'occupation]

Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne mentionnée à l'article L.1 [NDE : l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, ainsi que les établissements publics], ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous.

Article L. 2122-2 [durée de l'occupation]

L'occupation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire.

Article L. 2122-3 [précarité de l'occupation]

L'autorisation mentionnée à l'article L. 2122-1 présente un caractère précaire et révocable.



Article L. 2122-4 [servitudes conventionnelles sur un bien du domaine public]

Des servitudes établies par conventions passées entre les propriétaires, conformément à l'article 639 du code civil, peuvent grever des biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation de ceux de ces biens sur lesquels ces servitudes s'exercent.

Article L. 2122-6 [autorisation d'occupation temporaire dite « AOT – droit réel »]

Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public [artificiel] de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre.

Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans le présent paragraphe, les prérogatives et obligations du propriétaire.

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, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.

Article L. 2122-15 [immobilier de la justice, de la police et de la gendarmerie dits « AOT-LOPSI »]

L'État et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droit réel du domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, de la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la défense et comportant, au profit de l'État, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées. Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. Il précise les conditions de passation du bail ainsi que les conditions suivant lesquelles l'amortissement financier peut être pris en compte dans la détermination du montant du loyer.

Article L. 2341-1 [bail emphytéotique administratif de valorisation dit « BEA – valorisation »]

I. -Un bien immobilier appartenant à l'État ou à un établissement public mentionné au onzième alinéa de l'article L. 710-1 du code de commerce, au premier alinéa de l'article 5-1 du code de l'artisanat ou à l'article L. 510-1 du code rural et de la pêche maritime peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du même code, en vue de sa restauration, de sa réparation ou de sa mise en valeur. Ce bail est dénommé bail emphytéotique administratif.



Un tel bail peut être conclu même s'il porte sur une dépendance du domaine public. Il peut prévoir l'obligation pour le preneur de se libérer du paiement de la redevance d'avance, pour tout ou partie de la durée du bail.

II. -Lorsque le bien objet du bail emphytéotique fait partie du domaine public de la personne publique, le bail conclu en application du I satisfait aux conditions particulières suivantes :

1° Les droits résultant du bail ne peuvent être cédés, avec l'agrément de la personne publique propriétaire, qu'à une personne subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant de ce bail et, le cas échéant, des conventions non détachables conclues pour la réalisation de l'opération ;

2° Le droit réel conféré au preneur et les ouvrages dont il est propriétaire ne peuvent être hypothéqués qu'en vue de garantir des emprunts contractés par le preneur pour financer la réalisation des obligations qu'il tient du bail ; le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par la personne publique propriétaire ;

3° Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du bail. La personne publique propriétaire peut se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail et, le cas échéant, les conventions non détachables ;

4° Les modalités de contrôle de l'activité du preneur par la personne publique propriétaire sont prévues dans le bail ;

5° Les constructions réalisées dans le cadre de ce bail peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

III. -L'une ou plusieurs de ces conditions peuvent également être imposées au preneur lorsque le bien fait partie du domaine privé de la personne publique.

Code général des collectivités territoriales

Article L. 1311-2 [bail emphytéotique administratif dit « BEA »]

Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public ou en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ou, à l'exception des opérations réalisées en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, de leur restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur de ce bien ou, jusqu'au 31 décembre 2013, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou, jusqu'au



31 décembre 2013, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie.

Tout projet de bail emphytéotique administratif présenté pour la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales dont le loyer est supérieur à un montant fixé par décret en Conseil d'État est soumis à la réalisation d'une évaluation préalable dans les conditions fixées à l'article L. 1414-2.

Les conclusions de baux mentionnées aux alinéas précédents sont précédées, le cas échéant, d'une mise en concurrence et de mesures de publicité, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État.

Article L. 1311-3

Les baux passés en application de l'article L. 1311-2 satisfont aux conditions particulières suivantes :

1° Les droits résultant du bail ne peuvent être cédés, avec l'agrément de la collectivité territoriale, qu'à une personne subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant de ce bail et, le cas échéant, des conventions non détachables conclues pour l'exécution du service public ou la réalisation de l'opération d'intérêt général ;

2° Le droit réel conféré au titulaire du bail de même que les ouvrages dont il est propriétaire sont susceptibles d'hypothèque uniquement pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué.

Ces emprunts sont pris en compte pour la détermination du montant maximum des garanties et cautionnements qu'une collectivité territoriale est autorisée à accorder à une personne privée.

Le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par la collectivité territoriale ;

3° Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du bail.

La collectivité territoriale a la faculté de se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail et, le cas échéant, les conventions non détachables. Elle peut également autoriser la cession conformément aux dispositions du 1° ci-dessus ;

4° Les litiges relatifs à ces baux sont de la compétence des tribunaux administratifs ;

5° Les constructions réalisées dans le cadre de ces baux peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public ;



6° Lorsqu'une rémunération est versée par la personne publique au preneur, cette rémunération distingue, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement.

Code de la santé publique

Article L. 6148-2 [bail emphytéotique hospitalier dit « BEH »]

Un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime [NDEv. supra], en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public dont ils sont chargés ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie.

Un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut également faire l'objet d'un bail emphytéotique en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement public de santé avec lequel ils conduisent une action de coopération.

Préalablement à la conclusion d'un des baux mentionnés aux précédents alinéas, l'établissement public de santé ou, le cas échéant, la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique définit dans un programme fonctionnel les besoins que le preneur à bail doit s'engager à satisfaire.

Ces baux satisfont aux conditions particulières énumérées à l'article L. 1311-3 du code général des collectivités territoriales [NDE : v. supra]. Ils peuvent comporter une clause permettant à l'établissement public de santé ou, le cas échéant, la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique d'acquérir, avant le terme fixé par le bail, les installations rénovées ou édifiées par le titulaire.

Le financement des constructions dans le cadre des baux emphytéotiques mentionnés au présent article ainsi que de celles qui sont réalisées dans le cadre de contrats de partenariat peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.



Code civil

Articles 639 du code civil [servitudes conventionnelles – v. art. L. 2122-4 CGPPP]

[Art. 637 - Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.]

Elle dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires.

Article 1130 [vente des choses en l'état futur]

Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi.

Article 1589-1 [régime des promesses de vente]

Est frappé de nullité tout engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier pour lequel il est exigé ou reçu de celui qui s'engage un versement, quelle qu'en soit la cause et la forme.

Article 1592

[Le prix de la vente] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente.

Article 2060

On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.

Code du domaine de l'État

Article R. 129-5 [cession à l'amiable d'immeuble du domaine privé de l'État]

La cession d'un immeuble peut également être faite à l'amiable, sans appel à la concurrence :

1° Lorsque des dispositions législatives ou réglementaires spéciales impliquent la cession de l'immeuble au profit d'un acquéreur ou d'une catégorie d'acquéreurs déterminés.



Dans ce cas, le prix est fixé par le directeur des services fiscaux et l'aliénation est consentie par le préfet, quelle que soit la valeur des immeubles cédés. A défaut d'accord amiable, le prix est fixé comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ;

2° Lorsque des dispositions législatives ou réglementaires spéciales permettent la cession de l'immeuble au profit d'un acquéreur ou d'une catégorie d'acquéreurs déterminés ;

3° Lorsque l'adjudication publique a été infructueuse ;

4° Lorsque l'immeuble est nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public ou à la réalisation d'une opération d'intérêt général par une personne exclue du bénéfice d'une convention d'utilisation mentionnée à l'article R. 128-12 ou par un établissement public national à caractère industriel et commercial ;

5° Lorsque les conditions particulières d'utilisation de l'immeuble le justifient ;

6° Lorsque l'immeuble fait l'objet d'une convention d'utilisation mentionnée à l'article R. 128-12 ou est confié en gestion à un établissement public à caractère industriel et commercial qui souhaite l'acquérir.

Dans les cas prévus aux 2°, 3°, 4°, 5° et 6°, la cession est consentie selon les modalités prévues à l'article R. 129-4 [NDE : qui dispose que « la cession est consentie par le préfet, aux conditions financières fixées par le directeur des services fiscaux. Lorsque la valeur vénale de l'immeuble excède un montant fixé par arrêté du ministre chargé du domaine, la cession est autorisée par le ministre chargé du domaine. »]



Annexe 2 – Principales jurisprudences citées dans les débats

L'annexe 2 recueille dans un classement par juridiction et au sein de ce classement, dans l'ordre chronologiquement décroissant, l'ensemble des décisions de justice évoquées et discutées durant le colloque. Elle en offre les motifs déterminants ainsi que les principales références doctrinales.

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH Gr. ch. 29 mars 2010, Brosset-Triboulet et al. c. France, n°34078/02 (AJDA 2010, p. 1311, note M. Canedo-Paris, D. 2010, p. 2024, note Ch. Quezel-Ambrunaz)
Domaine public – occupation sans titre - inaliénabilité et imprescriptibilité – droit au respect des biens au sens de la CEDH.

« 80. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, l'article 1 du Protocole n° 1, qui garantit en substance le droit de propriété, contient trois normes distinctes (voir, notamment, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 37, série A n° 98) : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États contractants le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Les deuxième et troisième normes, qui ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété, doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (*Brunçrona c. Finlande*, n° 41673/98, §§ 65-69, 16 novembre 2004, et *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 134, CEDH 2004-V).

81. Quant à l'existence d'une ingérence, la Cour rappelle que pour déterminer s'il y a eu privation de biens au sens de la deuxième « norme », il faut non seulement examiner s'il y a eu dépossession ou expropriation formelle, mais encore regarder au-delà des apparences et analyser les réalités de la situation litigieuse. La Convention visant à protéger des droits « concrets et effectifs », il importe de rechercher si ladite situation équivalait à une expropriation de fait (*Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, § 76, CEDH 1999-VII, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, §§ 63 et 69-74, série A n° 52).

82. La Cour observe que nul ne conteste l'appartenance au domaine public de la parcelle sur laquelle est édifiée la maison litigieuse. Compte tenu des principes régissant ce domaine et de l'absence de mise en œuvre de la démolition à ce jour, la Cour est d'avis qu'il n'y a pas en l'espèce une privation de propriété au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1 (*mutatis mutandis*, *Saliba c. Malte*, n° 4251/02, §§ 34-35, 8 novembre 2005 ; a contrario, *Allard c. Suède*, n° 35179/97, § 50, 24 juin 2003, et *N.A. et autres*, précité, §§ 31 et 38).



83. Elle estime que le non-renouvellement des autorisations d'occupation privative du domaine public, dont les requérantes ne pouvaient pas ignorer qu'il pourrait les concerner un jour et l'injonction de détruire la maison en résultant peuvent s'analyser en une réglementation de l'usage des biens dans un but d'intérêt général. En effet, le régime juridique du domaine public, en tant qu'il affecte celui-ci à l'usage du public afin de servir le bien commun, correspond à cette catégorie. De plus, la motivation du refus de renouvellement des autorisations donnée par le préfet est fondée sur les dispositions de la loi littoral en sa partie consacrée à la protection de l'état naturel du rivage de la mer (mutatis mutandis, Hamer, précité, § 77).

84. Quant à la finalité de l'ingérence, la Cour relève que les requérantes contestent le but d'intérêt général, la protection de l'affectation du domaine public et celle de l'environnement. La Cour ne souscrit pas à cette thèse. Elle admet que les juridictions nationales n'ont analysé l'atteinte au bien en question que sous l'angle de la domanialité publique. Elle observe aussi que par les autorisations d'occupation successives, l'État a réduit de facto la protection de l'affectation du domaine à l'utilité publique ».

Conseil constitutionnel

2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, Région Centre et Région Poitou-Charentes [AFPA - Transfert de biens publics] (JCP A 3 janvier 2011, p. 24, chronique J.-Ch. Videlin & Ph. Yolka, RJE 2011, n° 689, p. 37, note H. Pauliat)
Biens affectés au service public – transfert de propriété à titre gratuit - protection constitutionnelle de la propriété publique.

« 3. Considérant que le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine ;

4. Considérant que, par l'article 53 de la loi du 24 novembre 2009 susvisée, le législateur a retiré à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes une partie des missions de service public qu'elle exerçait afin de la mettre en conformité avec les règles de concurrence résultant du droit de l'Union européenne ; que, par l'article 54 contesté, il a prévu le transfert à cette association des biens mis à sa disposition par l'État ;

5. Considérant, d'une part, que la disposition contestée procède au transfert à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, à titre gratuit et sans aucune condition ou obligation particulière, de biens immobiliers



appartenant à l'État ; que, d'autre part, ni cette disposition ni aucune autre applicable au transfert des biens en cause ne permet de garantir qu'ils demeureront affectés aux missions de service public qui restent dévolues à cette association en application du 3° de l'article L. 5311-2 du code du travail ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs invoqués par les collectivités requérantes, la disposition contestée méconnaît la protection constitutionnelle de la propriété des biens publics et doit être déclarée contraire à la Constitution ».

2009-594 DC du 3 décembre 2009, Loi relative à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports (STIF) (Rec. p. 200, RFDA 2010, p. 62, note Ch. Barthélemy & A.-E. Rubio, AJDA 2010, p. 598, note P.-A. Jeanneney)
Biens affectés au service public - protection constitutionnelle de la propriété publique - continuité du service public.

« En ce qui concerne les transferts de biens :

15. Considérant que le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que le droit au respect des biens garanti par ces dispositions ne s'oppose pas à ce que le législateur procède au transfert gratuit de dépendances du domaine public entre personnes publiques ;

16. Considérant que le transfert du Syndicat des transports d'Île-de-France à la Régie autonome des transports parisiens de la partie des biens constitutifs de l'infrastructure gérée par cette dernière s'accompagne du transfert des droits et obligations qui y sont attachés ; que ce transfert n'a pas pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels ils restent affectés ; que, dès lors, le neuvième alinéa de l'article 2 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 susvisée ne méconnaît pas les exigences constitutionnelles en matière de propriété des personnes publiques ; ».

2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat (Rec. p. 341, AJDA 2008, p. 1664, note J.-D. Dreyfus, RFDA 2008, p. 1233, note A. Roblot-Troizier, BJCP 2008, p. 310, note Ph. Terneyre)
Protection constitutionnelle de la propriété publique – contrats de partenariat – possibilité pour le partenaire privé de constituer des droits réels sur le domaine – contrepartie appropriée – durée.

« – SUR LES ARTICLES 14 ET 33 ... :

25. Considérant que le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent respectivement, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être



aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine ;

26. Considérant, en premier lieu, que, dans leur rédaction issue de la loi déferée, le d) de l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 ainsi que le d) de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales prévoient que la rémunération du cocontractant tient compte « le cas échéant, des recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique » ; qu'il résulte en outre des travaux parlementaires que la possibilité de fournir au partenaire privé des recettes annexes, en l'autorisant à passer des baux et à constituer des droits réels sur une partie du domaine privé, est destinée à permettre une réduction correspondante de la rémunération due au titre du partenariat ; que, dès lors, ces autorisations ne sont pas dépourvues de contrepartie appropriée ;

27. Considérant, en deuxième lieu, que la possibilité, pour la personne publique, de consentir de telles autorisations n'a pas pour effet de déroger aux dispositions en vigueur qui imposent la consultation de l'autorité compétente de l'État pour l'évaluation des propriétés des personnes publiques préalablement à toute opération immobilière telle que la passation de baux, accords amiables et conventions quelconques ayant pour effet la prise en location ;

28. Considérant, en troisième lieu, que les autorisations données par la personne publique en application des dispositions contestées, ainsi que les baux et droit réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de partenariat ; que, si les dispositions déferées permettent à la personne publique d'autoriser le partenaire privé à consentir des baux et à constituer des droits réels pour une durée excédant celle du partenariat, elles n'ont pas pour effet de permettre à ce partenaire de demeurer titulaire de tels baux ou de jouir de tels droits au-delà de la durée du partenariat ; que ces baux et ces droits seront, à l'issue de la durée du partenariat, transférés à la personne publique ; que, dès lors, contrairement à ce que soutiennent les requérants, ces dispositions ne permettent pas au partenaire privé d'exploiter le domaine privé de la personne publique au-delà de cette durée ;

29. Considérant, dès lors, que le grief tiré de ce que les articles 14 et 33 de la loi déferée méconnaîtraient la protection due à la propriété des personnes publiques et l'exigence de bon emploi des deniers publics manque en fait ; ».

2005-513 DC du 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports (AJDA 2006, p.178, note Fatôme)

Déclassement d'un bien du domaine public - continuité du service public auquel il est affecté

« Considérant que le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté ;



Considérant qu'il résulte des dispositions des articles 2, 5 et 6 de la loi déferée que la majorité du capital de la société Aéroports de Paris sera détenue par l'État ; qu'après avoir défini les missions de cette société, le législateur a précisé qu'un cahier des charges fixera les conditions dans lesquelles elle assurera les services publics liés aux aérodromes qu'elle exploite et exécutera les missions de police administrative qui lui incombent ; que ce cahier des charges définira également les modalités par lesquelles l'État contrôlera le respect tant des obligations liées aux missions de service public que des contrats par lesquels l'exécution de ces missions serait confiée à des tiers ; que ce document, qui devra être approuvé par décret en Conseil d'État, déterminera aussi les sanctions administratives susceptibles d'être infligées à la société en cas de manquement à ses obligations ; qu'enfin, la loi déferée permet à l'État de s'opposer à toute forme d'aliénation d'un ouvrage ou d'un terrain nécessaire à la société Aéroports de Paris pour la bonne exécution ou le développement de ses missions de service public ; que le législateur a ainsi garanti le respect, en temps normal, des exigences constitutionnelles qui s'attachent à la continuité du service public ; »

2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit (Contrats et marchés publics 2003 n° 10 p. 4-7, chronique de F. Linditch relative à la décision du Conseil constitutionnel, AJDA 2003 n° 44 p. 2348-2354, étude de E. Fatôme et L. Richer) Loi d'habilitation - principe d'égalité applicable au droit de la commande publique - dérogation

« 17. Considérant que le premier alinéa de l'article 6 autorise le Gouvernement à modifier la loi du 12 juillet 1985 susvisée en instituant de nouvelles formes de contrats portant sur « la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions » ; que pourront être étendues et adaptées les dispositions prévues par l'article 3 de la loi du 29 août 2002 susvisée, qui ouvrent à une personne publique ou à une personne privée chargée d'une mission de service public la faculté de confier à la même personne la conception, la construction et l'aménagement d'un équipement public, de choisir son contractant en portant, en cas d'allotissement, un jugement global sur les offres concernant plusieurs lots, de délivrer à un opérateur privé une autorisation d'occupation temporaire du domaine public en le chargeant de construire des équipements publics qui seront pris à bail avec option d'achat anticipé, ainsi que de financer par crédit-bail de tels équipements ; qu'en vertu de l'habilitation, les ordonnances devront fixer «les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public» et prévoir «les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans ;L. 34-1 dispose que le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de nature immobilière qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ; que cette disposition



applicable en vertu du premier alinéa de l'article L. 24-5 aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public doit être entendue comme excluant toute autorisation d'activités qui ne seraient pas compatibles avec l'affectation du domaine public concerné ;

18. Considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé.(...)

Sur l'article 34 :

26. Considérant que l'article 34 autorise le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, les dispositions nécessaires pour modifier, compléter et codifier diverses législations, dont celles qui sont relatives au domaine public et privé de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;

27. Considérant que les auteurs de la saisine estiment que cette habilitation méconnaît l'article 38 de la Constitution en tant qu'elle déroge au principe de «la codification à droit constant» ;

28. Considérant que l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur habilite le Gouvernement à modifier ou compléter un code existant dès lors que cette habilitation précise la finalité des mesures à prendre ;

29. Considérant, en l'espèce, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation accordée au Gouvernement par l'article 34 de la loi déferée en vue de modifier, de compléter et de codifier diverses législations tend, sans en bouleverser l'économie générale, à adapter ces législations à l'évolution des circonstances de droit et de fait, à abroger des dispositions désuètes et, le cas échéant, à modifier celles dont la pratique aurait révélé le caractère inadéquat ; que cette habilitation ne remet pas en cause la libre administration des collectivités territoriales ; qu'elle n'autorise pas le Gouvernement à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ; que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à



l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées ; que, dans ces conditions, l'article 34 de la loi déferée n'est pas contraire à l'article 38 de la Constitution. »

94-346 DC du 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public (Rec. p. 96, AJDA 1994, p.786, note G. Gondouin ; RFDC 1994 n° 20, p. 814, P. Bon)
Domaine public – Inaliénabilité – Droits réels au profit de l'occupant

« 5. Considérant que le premier alinéa de l'article L. 34-1 dispose que le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de nature immobilière qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ; que cette disposition applicable en vertu du premier alinéa de l'article L. 34-5 aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public doit être entendue comme excluant toute autorisation d'activités qui ne seraient pas compatibles avec l'affectation du domaine public concerné ;

6. Considérant que le deuxième alinéa de l'article L. 34-1 précise que les «prérogatives et obligations» du propriétaire sont conférées au titulaire de l'autorisation d'occupation du domaine public «pour la durée de celle-ci dans les conditions et limites précisées dans la présente section» ;

7. Considérant en premier lieu que la durée de l'autorisation doit être fixée par le titre qui est délivré en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder une durée cumulée de soixante-dix ans ;

8. Considérant en deuxième lieu que les dispositions du premier alinéa de l'article L. 34-2 n'autorisent la cession des droits réels, pour la durée de validité du titre restant à courir, qu'à une personne agréée par l'autorité compétente en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé ; qu'en vertu du deuxième alinéa ces droits peuvent être transmis au conjoint survivant ou aux héritiers en cas de décès dans les mêmes conditions sous réserve que le bénéficiaire, désigné après accord entre eux, soit présenté à l'agrément de l'autorité compétente dans un délai de six mois ; que ce délai ne peut avoir pour effet, lorsque le fonctionnement d'un service public est en cause, de faire obstacle aux prérogatives de l'autorité compétente pour en assurer la continuité ;

9. Considérant en troisième lieu qu'aux termes du troisième alinéa du même article, les droits et ouvrages ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés pour financer la réalisation, la modification ou l'extension desdits ouvrages ; que si, aux termes du quatrième alinéa, les créanciers chirographaires dont la créance est née de l'exécution de tels travaux peuvent pratiquer sur les droits et biens concernés des mesures conservatoires ou d'exécution forcée, celles-ci non plus que toute mesure de réalisation de sûreté ne sauraient avoir pour effet d'interrompre le fonctionnement du service public ;



10. Considérant en quatrième lieu qu'à l'issue du titre d'occupation, les ouvrages de caractère immobilier implantés sur le domaine public et dont le maintien est accepté, deviennent, en vertu de l'article L. 34-3, de plein droit et gratuitement propriété de l'État, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques ;

11. Considérant en cinquième lieu que le même article préserve la possibilité d'un retrait d'autorisation avant terme soit pour inexécution des clauses et conditions de ladite autorisation soit en toute autre circonstance sous réserve alors d'une indemnisation du préjudice direct, matériel et certain résultant de l'éviction anticipée ; que s'il est prévu que les créanciers régulièrement inscrits doivent être informés des intentions de l'autorité compétente deux mois avant la notification d'un retrait pour inexécution des clauses et conditions de l'autorisation, ce délai a été notamment prévu pour faciliter la substitution d'un tiers au titulaire du droit défaillant ; qu'il ne saurait en tout état de cause faire obstacle à ce que l'autorité compétente exerce les prérogatives nécessaires à la garantie de la continuité du service public ;

12. Considérant en sixième lieu que lorsque le droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, l'article L. 34-5 prescrit en son second alinéa que le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public ;

13. Considérant enfin que si la réalisation des ouvrages, constructions et installations peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail par le titulaire du droit d'occupation, l'article L. 34-7 a expressément exclu cette faculté s'agissant de ceux qui sont affectés à un service public ; qu'en outre de tels contrats ne sauraient être de nature à faire obstacle à l'affectation du domaine public ;

14. Considérant que les règles et garanties ainsi énoncées sont de nature à assurer le fonctionnement des services publics et la protection de la propriété publique en conformité avec les dispositions et principes à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; que si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article 1er de la loi le principe selon eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public ; que par suite le grief invoqué manque en fait ;

15. Considérant que le législateur pouvait dans ces conditions renvoyer à des décrets en Conseil d'État les modalités de mise en oeuvre des dispositions qu'il a édictées ;

16. Considérant en revanche que la seconde phrase du troisième alinéa de l'article L. 34-1 dispose que l'autorité compétente peut accorder à l'occupant qui aurait déjà bénéficié d'un titre pendant une période cumulée de soixante-dix années au maximum, un nouveau titre d'occupation constitutif de droits réels sur les ouvrages, constructions et installations dont le maintien a été accepté à la seule condition que l'autorité compétente le décide expressément en le motivant par des travaux ou constructions nouveaux réhabilitant, étendant ou modifiant de façon substantielle lesdits immeubles ; que ce renouvellement qui emporte la reconnaissance de droits réels non seulement sur les ouvrages nouveaux à construire mais aussi sur les ouvrages anciens réhabilités ou modifiés fait alors obstacle à la mise en oeuvre



des dispositions susmentionnées, protectrices de la propriété publique, de l'article L. 34-3 qui prescrivent que les ouvrages reviennent de plein droit et gratuitement à l'État à l'issue du titre d'occupation ; qu'ainsi exercée après une période aussi longue et selon une procédure qui peut être réitérée sans qu'un terme définitif soit imposé par le législateur à l'exercice de ces droits réels sur le domaine public, une telle faculté est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique ; que par suite la deuxième phrase du troisième alinéa de l'article L. 34-1 est contraire à la Constitution ; »

86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (*Rec. p. 61, AJDA 1986, note J. Rivero, Pouvoirs 1987, n° 40, p. 178, chronique P. Avril et J. Gicquel*)
Droit de propriété – Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – égale protection des propriétés publiques et privées

58. Considérant que la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ; que cette règle découle du principe d'égalité invoqué par les députés auteurs de la saisine ; qu'elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ; que cette protection ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ;

Conseil d'État

CE 23 mai 2011, EPAD, n° 328525, sera mentionné dans les tables du Recueil (*RD immobilier 2011, p. 454, chronique O. Févrot et N. Foulquier, Contrats et marchés publics 2011, n° 7, note P. Soler-Couteaux*)
Domaine public – convention d'occupation – conditions financières - résiliation dans l'intérêt général

« Considérant, (...) que la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme ».

CE 20 mai 2011, Communauté d'agglomérations du lac du Bourget, n° 325552-325553, 335931, sera publié au Recueil (*AJDA 2011, p. 1891, note G. Eveillard, Droit maritime français 2011, p. 921, note L. Bordereaux*)
Principe d'intangibilité de l'ouvrage public – démolition de l'ouvrage public « mal planté »

« Considérant que lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de



droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible ; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général ; ».

CE 16 mai 2011, Commune de Moulins, n° 317675, sera publié au Recueil (BJCL 2011 n°7-8, p. 531-534 concl C. Legras ; AJDA 2011, n° 32 p. 1848-1851, note N. Ach ; DA 2011, n° 7 p. 25-26 note F. Melleray)
Occupant sans titre – indemnisation du maître du domaine

« Considérant qu'une commune est fondée à réclamer à l'occupant sans titre de son domaine public, au titre de la période d'occupation irrégulière, une indemnité compensant les revenus qu'elle aurait pu percevoir d'un occupant régulier pendant cette période ; qu'à cette fin, elle doit rechercher le montant des redevances qui auraient été appliquées si l'occupant avait été placé dans une situation régulière, soit par référence à un tarif existant, lequel doit tenir compte des avantages de toute nature procurés par l'occupation du domaine public, soit, à défaut de tarif applicable, par référence au revenu, tenant compte des mêmes avantages, qu'aurait pu produire l'occupation régulière de la partie concernée du domaine public communal ».

CE 19 janvier 2011, Commune de Limoges, n°323924, sera mentionné dans les tables du Recueil (AJDA 2011.616, note J.-D. Dreyfus ; Bulletin juridique des contrats publics 2011, n° 75, p. 105, concl. B. Dacosta)
Domaine public – convention d'occupation du domaine public – fonds de commerce sur le domaine public (non)

« Considérant d'une part, qu'eu égard au caractère irrévocable, pour un motif d'intérêt général, d'une convention portant autorisation d'occupation du domaine public, ainsi que du caractère personnel et non cessible de cette occupation, celle-ci ne peut donner lieu à la constitution d'un fonds de commerce dont l'occupant serait propriétaire ; que la société Albatros ne peut donc demander la répartition de préjudices tenant à la perte du fonds de commerce allégué consécutivement à la résiliation de la convention d'occupation du domaine public dont elle était titulaire ; que, par suite, la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit en estimant que la société Albatros pouvait être indemnisée de la perte d'un fonds de commerce et que l'expertise ordonnée par le tribunal administratif de Limoges avait à juste titre inclus l'évaluation de ce préjudice dans la mission de l'expert ; que la commune de Limoges est par suite fondée à demander l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a confirmé l'inclusion de la perte du fonds de commerce dans le préjudice indemnisable de la société Albatros tel qu'il devrait être évalué par l'expert désigné par le tribunal administratif de Limoges ».



CE Sect. 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, n° 338272, 338527, Rec. p. 472 (BJCP 2011, n° 74 p. 36-48 concl. Escaut ; AJDA 2011, n°1 p.18-26, note Glaser ; DA 2011, n°2 comm. 17, note Brenet et Melleray) Domaine public – Convention d’occupation – Notion / Obligation de mise en concurrence (non)

« Considérant (...) qu’aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n’imposent à une personne publique d’organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d’une autorisation ou à la passation d’un contrat d’occupation d’une dépendance du domaine public, ayant dans l’un ou l’autre cas pour seul objet l’occupation d’une telle dépendance ; qu’il en va ainsi même lorsque l’occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant que si, dans le silence des textes, l’autorité gestionnaire du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes, en l’absence de tout texte l’imposant et de toute décision de cette autorité de soumettre sa décision à une procédure préalable, l’absence d’une telle procédure n’entache pas d’irrégularité une autorisation ou une convention d’occupation d’une dépendance du domaine public ;

Considérant qu’ainsi qu’il a été dit ci-dessus, la convention conclue le 11 août 2004 entre la ville de Paris et l’Association Paris Jean Bouin a la nature d’une convention d’occupation du domaine public ; que par suite, si la ville pouvait, même sans texte, mettre en œuvre une procédure de publicité afin de retenir le candidat répondant aux objectifs qu’elle entendait poursuivre et notamment celui de la valorisation de son domaine public, elle n’a pas, en l’absence de dispositions l’imposant, entaché d’irrégularité la procédure suivie en ne faisant pas précéder son choix d’une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence à laquelle, contrairement à ce que soutient la société Paris Tennis, la ville n’avait pas décidé de recourir par la délibération des 7 et 8 juin 2004, par laquelle le Conseil de Paris s’est borné à émettre un vœu relatif à la durée d’occupation des concessions de la ville et aux modalités de sélection des concessionnaires ; que, dès lors, le moyen fondé sur l’irrégularité de la procédure suivie avant la passation de la convention du 11 août 2004 doit être écarté. »

CE Sect. (avis) 29 avril 2010, M. et Mme Beligaud, n° 323179 (RFDA 2010, p. 557, concl. Guyomar, AJDA 2010, p. 1642, chron. Liéber et Botteghi) Ouvrage public (notion) – propriété privée de l’ouvrage – affectation au service public

« La qualification d’ouvrage public peut être déterminée par la loi. Présentent aussi le caractère d’ouvrage public notamment les biens immeubles résultant d’un aménagement, qui sont directement affectés à un service public, y compris s’ils appartiennent à une personne privée chargée de l’exécution de ce service public.

S’agissant des ouvrages de production d’électricité, il se déduit de l’article 2 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l’utilisation de l’énergie hydraulique, aux termes duquel « Sont placées sous le régime de la concession les entreprises dont la



puissance (...) excède 4 500 kilowatts », et de l'article 10 de cette même loi, qui prévoit que des obligations sont imposées aux exploitants de ces centrales, que cette loi a entendu donner à l'ensemble des ouvrages de production d'énergie hydroélectrique concédés, que la personne qui en est propriétaire soit publique ou privée, le caractère d'ouvrage public.

Le statut des autres ouvrages de production d'électricité n'a été déterminé ni par la loi du 10 février 2000 qui a défini le service public de l'électricité, ni par celle du 9 août 2004 qui a transformé Electricité de France en société de droit privé. Il faut donc rechercher, dans le cas où des personnes privées sont propriétaires d'ouvrages de production d'électricité, si elles sont chargées de l'exécution d'un service public et si les ouvrages en cause sont directement affectés à ce service public (...).

Il résulte [de l'art. 1^{er} de la loi du 10 février 2000] que la sécurité de l'approvisionnement sur l'ensemble du territoire national constitue le principal objet du service public de l'électricité. Cette sécurité d'approvisionnement exige, eu égard aux caractéristiques physiques de l'énergie électrique, qui ne peut être stockée, que soit assuré à tout moment l'équilibre entre la production et la consommation dont résultent la sécurité et la fiabilité du réseau de transport. De plus, dans les zones interconnectées du territoire métropolitain, la limite des capacités d'importation des réseaux transfrontières, qui ne représentent qu'une faible part du volume de la consommation maximale, impose que l'essentiel de la production soit réalisée sur ce territoire. Dans les zones non interconnectées, la production locale doit actuellement couvrir l'intégralité des besoins de la consommation ».

CE 25 novembre 2009, Commune de Mer c. MM. Pépin et Raoul, n° 310208 (Rec. p. 472, AJDA 2010, p.51, note Yolka)
Domaine privé – Collectivité territoriale – Cession d'un élément du patrimoine à un prix inférieur à sa valeur – Motifs d'intérêt général

« Considérant que si la liberté reconnue aux collectivités territoriales par les dispositions précitées du code général des collectivités territoriales d'accorder certaines aides ou subventions à des personnes privées pour des motifs d'intérêt général local ne peut légalement s'exercer que dans le respect des principes constitutionnels, la cession par une commune d'un terrain à une association locale pour un prix inférieur à sa valeur ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe selon lequel une collectivité publique ne peut pas céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé lorsque la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général, et comporte des contreparties suffisantes ;

Considérant, qu'en l'espèce, la différence entre le prix de cession de l'ensemble immobilier et l'évaluation du service des domaines doit être regardée comme ayant le caractère d'une aide apportée par la commune de Mer à l'association culturelle franco-turque de Mer et à l'association socio culturelle, éducative et sportive des jeunes turcs de Mer, dont l'objet statutaire est de favoriser l'intégration de la population d'origine turque dans la commune par la création d'activités culturelles, sociales, éducatives et sportives ; que d'une part, cette aide est apportée aux associations pour un double motif d'intérêt général invoqué par la commune et



tendant tant à une meilleure insertion d'habitants d'origine étrangère au sein de la commune par la création d'activités collectives qu'au renforcement de la sécurité publique notamment pour la circulation en centre ville ; que, d'autre part, elle a pour contreparties suffisantes, de permettre à ces associations de mener à bien, dans le cadre de leurs statuts, leurs projets et de disposer d'un lieu de réunion adapté à la réalisation de ceux-ci par sa dimension et ses accès ; qu'ainsi, en déniait à cette opération un caractère d'intérêt communal, la cour a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ; que la commune de Mer est dès lors fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'arrêt attaqué ; »

CE 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, n° 316534 (Rec. T. p. 739, BJCP 2009, n° 67, p. 482, concl. Boulouis)

Convention d'occupation domaniale – Résiliation dans l'intérêt général – Droits de l'occupant

« Considérant 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 ; »

CE 5 janvier 2009, Association « Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes », n° 305021 (Rec. p. 20, AJDA 2009, p. 704, note Dreyfus ; RJEP 2009, n° 668, p. 26, note Maugué ; Droit administratif 2009, n° 4, p. 34, note Melleray)
Domaine public – Convention d'occupation non constitutive de droits réels – Durée

« Considérant 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 celui-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 ; »

CE 22 janvier 2007 Association « Les amis des Tuileries », n°269360, rec. p. 15 ; CMP 2007/3 p. 34 note ECKERT

Domaine public – occupation – compatibilité – autres réglementations

« Sur la légalité des dispositions du 2° de l'article 5 [du règlement d'utilisation de l'esplanade des Feuillants et du carré du Sanglier du jardin des Tuileries]:

Considérant qu'aux termes de l'article 5 de l'arrêt attaqué : Les activités pouvant être organisées par des tiers sur l'esplanade des Feuillants et sur le carré du Sanglier sont les suivantes : / 1° Fêtes ou manifestations dont le thème sera le jardin, ses éléments, les plantes et les végétaux, la statuaire et le patrimoine ; /



2° Fête foraine, exclusivement sur l'esplanade des Feuillants ; / 3° Et de manière générale, les manifestations ou événements conciliables avec la destination du domaine et avec l'impérative nécessité d'en assurer la conservation. ; qu'en vertu de l'article 4 du même arrêté, la durée de l'autorisation accordée à chacune des manifestations ainsi organisées ne peut excéder deux mois et la durée annuelle maximale d'occupation des jardins par l'ensemble de ces manifestations ne peut excéder cinq mois, sans préjudice d'une éventuelle prolongation ;

Considérant que les manifestations mentionnées au 1° de l'article 5 sont conformes aux usages et à la vocation du jardin et les manifestations ou événements mentionnés au 3° ne peuvent être autorisés que s'ils sont conciliables avec la destination du domaine ; que si l'activité de fête foraine peut être regardée comme n'étant pas incompatible avec la destination du jardin des Tuileries, ce n'est que sous réserve que les restrictions de temps et de lieu nécessaires soient apportées à son organisation ; qu'ainsi, en prévoyant au 2°, sans y adjoindre de précision de temps, la possibilité d'installation de fêtes foraines susceptibles, par l'effet du mécanisme, prévu à l'article 4, de report sur la durée annuelle maximale d'occupation du jardin des prolongations éventuelles accordées à chaque manifestation, d'entraîner une occupation de l'esplanade des Feuillants pendant une durée pouvant excéder cinq mois par an, alors que l'usage et la réglementation antérieure n'avaient consacré dans cette partie du jardin qu'une fête foraine annuelle d'une durée maximale de deux mois, l'arrêté attaqué doit être regardé comme n'imposant pas les limites de durée qui, seules, rendraient cette activité compatible avec la destination du jardin des Tuileries ;

Sur les autres moyens de légalité interne :

Considérant, en premier lieu, que si l'association requérante conteste, d'une part, l'insuffisance des prescriptions minimales qu'en vertu de l'article 6 toute autorisation d'occupation devra comprendre, notamment en ce qui concerne les distances à respecter pour assurer l'accès au jardin, la préservation des arbres et des sculptures et la sécurité des personnes, et, d'autre part, l'absence, dans l'arrêté litigieux, de dispositions mentionnant, notamment, les principes de fixation du régime des redevances d'occupation, les règles de sécurité et de remise en état des lieux ainsi que celles qui seraient applicables à Paris, en vertu d'un arrêté du préfet de police, aux activités bruyantes et à l'attribution des emplacements dans les fêtes foraines, les procédures de mise en concurrence et de contrôle de l'inscription régulière des demandeurs au registre du commerce et des sociétés, les restrictions faites à l'usage de procédés lumineux ou d'appareils produisant fumées et odeurs, toutefois, l'absence de telles précisions, dans un texte destiné seulement à fixer les règles générales d'occupation temporaire du domaine public, n'a nullement pour effet de dispenser l'autorité compétente, en vertu de l'article 3, pour délivrer les autorisations individuelles, de veiller, à l'occasion de la délivrance de chacune de ces autorisations, non seulement au respect des principes de la domanialité publique mais aussi à celui de l'ensemble des réglementations applicables, le cas échéant, à chacune de ces manifestations ; qu'ainsi les moyens tirés de ces imprécisions et omissions ne peuvent être accueillis ; que, par ailleurs, les dispositions de l'article 8, qui prévoient que le non-respect des obligations mentionnées par l'arrêté par tout titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du jardin des Tuileries



entraînera le retrait immédiat et sans indemnité de l'autorisation, doivent s'entendre sans préjudice du principe du caractère essentiellement précaire et révocable des autorisations temporaires d'occupation du domaine public. »

CE 18 novembre 2005, Société fermière de Campoloro et al., n°271898 (Rec. p. 515, AJDA2007, p. 1213, note Cassia; AJDA2006, p. 137 chron. Landais et Lenica; RFDA2006, n°1, p. 193, note Terneyre ; La semaine juridique 2005 n° 51, p. 1869, concl. Boulouis)
Propriété publique - Pouvoir de substitution du Préfet - Cession forcée

« Considérant que, par les dispositions du II de l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, le législateur a entendu donner au représentant de l'État, en cas de carence d'une collectivité territoriale à assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, et après mise en demeure à cet effet, le pouvoir de se substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice ; qu'à cette fin, il lui appartient, sous le contrôle du juge, de prendre, compte tenu de la situation de la collectivité et des impératifs d'intérêt général, les mesures nécessaires ; qu'au nombre de ces mesures, figure la possibilité de procéder à la vente de biens appartenant à la collectivité dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge ; que si le préfet s'abstient ou néglige de faire usage des prérogatives qui lui sont ainsi conférées par la loi, le créancier de la collectivité territoriale est en droit de se retourner contre l'État en cas de faute lourde commise dans l'exercice du pouvoir de tutelle ; qu'en outre, dans l'hypothèse où, eu égard à la situation de la collectivité, notamment à l'insuffisance de ses actifs, ou en raison d'impératifs d'intérêt général, le préfet a pu légalement refuser de prendre certaines mesures en vue d'assurer la pleine exécution de la décision de justice, le préjudice qui en résulte pour le créancier de la collectivité territoriale est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique s'il revêt un caractère anormal et spécial ; ».

CE Ass. 4 novembre 2005, J.-C. Decaux, n° 247299 (RFDA 2005, 1083-1093 concl. Casas ; AJDA 2006, p. 120-129, note Ménéménis, LPA 2006 n°142, p. 20-31, note Dubreuil ; CMP 2006/2 p. 485-493 note Rolin ; JCP E 2006, p. 94-95 note Linditch)
Réseaux urbains de transports – occupation du domaine public - contrat de mobilier urbain – nature – marché public

« Considérant que pour être qualifié de marché public un contrat doit avoir été conclu à titre onéreux par une personne publique en vue d'acquérir des biens, travaux, ou services dont elle a besoin ;

Considérant, en premier lieu, que la cour a souverainement constaté, ce que la Société Jean-Claude Decaux ne saurait utilement contester devant le juge de cassation, que l'objet du contrat litigieux était, outre d'autoriser l'occupation du domaine public, de permettre la réalisation et la fourniture de prestations de service à la commune de Clichy-sous-Bois, en matière d'information municipale, de propreté et de protection des usagers des transports publics contre les intempéries ; qu'elle a pu en déduire, sans erreur de droit, que l'objet du contrat ainsi conclu entrait dans le champ d'application du code des marchés publics ».



CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, n° 250124 (DA 2004, p. 42, note Bazex et Blazy, JCP A 2004, p. 1414, note Rouault)
Domaine public – port maritime – facilités particulières d'utilisation consenties aux armements chargés d'un service public – principe de liberté du commerce et de l'industrie – règles de concurrence.

« Considérant que s'il appartient aux collectivités et personnes morales publiques, auxquelles sont affectées ou concédées les installations des ports maritimes, de permettre l'accès aussi large que possible des armements à ces installations, elles n'en sont pas moins corollairement en charge de fixer, par une réglementation adaptée à la configuration des ports concernés, des conditions d'utilisation de ces installations propres à assurer la sécurité des usagers et la protection des biens du domaine public maritime ; qu'en outre, si ces mêmes collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires et, dès lors, en l'absence de circonstances exceptionnelles à réserver à ces entreprises l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires, il leur appartient, dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés d'un tel service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public ; ».

CE 23 juin 2004, Commune de Proville, n° 253419 (Rec. p. 259, RJE 2005, n° 617, p. 75, note Guyomar)

Domaine public – Transfert d'affectation (mutation domaniale)

« Considérant que par arrêté en date du 2 avril 1999, le préfet du Nord a déclaré d'utilité publique les travaux de déviation de la RN 43 au sud de Cambrai ; qu'il a, par un arrêté en date du 10 août 2001, déclaré cessible une parcelle de la Commune de Proville cadastrée ZA n° 43 ; que, cette parcelle ayant été incorporée au domaine public de la commune, le juge de l'expropriation du tribunal de grande instance de Lille a refusé d'en ordonner le transfert de propriété par une ordonnance du 30 août 2001 ; qu'à la suite de cette ordonnance, le préfet du Nord a retiré son arrêté du 10 août 2001 et le Premier ministre a autorisé, par décret en date du 6 décembre 2002, le changement d'affectation au profit de l'État de la parcelle du domaine public de la Commune de Proville cadastrée ZA n° 43 ; que la Commune de Proville demande l'annulation de ce décret du 6 décembre 2002 ; (...)

Considérant, en troisième lieu, que les dépendances du domaine public peuvent recevoir toute affectation compatible avec leur caractère domanial et, à cette fin, être remises sans formalité à la collectivité publique chargée de la conservation du domaine correspondant à leur nouvelle affectation ;

Considérant, en quatrième lieu, que la déclaration d'utilité publique n'entraîne pas, par elle-même, transfert de propriété au profit de l'État et que si des terrains relevant du domaine public d'une collectivité territoriale se trouvent inclus dans l'emprise de l'opération projetée, à défaut d'accord de la collectivité qui en est propriétaire, leur changement d'affectation peut être prononcé, avant l'exécution des travaux, sans



déclassement préalable et sans transfert de propriété par décision conjointe des ministres intéressés ou par décision du Premier ministre ;

Considérant, il est vrai, qu'aux termes du troisième alinéa de l'article L. 11-8 du code de l'expropriation dans sa rédaction issue de l'article 145 de la loi du 27 février 2002 : « L'arrêté de cessibilité emporte transfert de gestion des dépendances du domaine de la personne publique propriétaire autre que l'État au profit du bénéficiaire de l'acte déclaratif d'utilité publique, pris conformément à l'article L. 11-2. » ; que ces dispositions permettent au préfet, dans l'hypothèse d'une déclaration d'utilité publique, de prononcer, avec l'arrêté de cessibilité, le transfert de gestion des dépendances du domaine public de la personne publique concernée ; qu'en revanche elles n'ont ni pour objet ni pour effet de priver le Premier ministre ou les ministres intéressés du pouvoir qu'ils tiennent, ainsi qu'il a été dit plus haut, des principes généraux qui régissent le domaine public de décider pour un motif d'intérêt général de procéder à un changement d'affectation d'une dépendance du domaine public d'une collectivité territoriale »

CE 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes maritimes et Commune de clans, n° 245239, (AJDA 2003, p. 784, note Sablière ; RFDA 2003, n° 3, p. 477, concl. Maugüé)
Travaux publics – Ouvrage public – Principe d'intangibilité – Implantation irrégulière – Conditions de démolition de l'ouvrage

« Considérant que lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible. Dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que l'existence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général. »

CE 26 mars 1999, Société EDA, n° 202260, rec. p. 98 (AJDA 1999, p. 427 concl. Stahl, note Bazex)

Domaine public – Convention d'occupation – Règles de concurrence

« Considérant que s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ; qu'il appartient alors au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la



légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application ; »

CE, 6 avril 1998, Communauté urbaine de Lyon, n°151752
(BJCP 1998, p. 80, note Goulard, RGCT 1999, p. 33, note Deves)
Régime juridique des biens des collectivités territoriales – aides indirectes consenties aux entreprises par les collectivités territoriales – bail emphytéotique assorti d'une dispense de redevance non justifiée par les conditions du marché.

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par ses délibérations des 15 juin et 21 décembre 1992, la communauté urbaine de Lyon a entendu faciliter l'implantation dans l'agglomération lyonnaise de la société «Europe News Opération», qui produit et diffuse, par satellite, des programmes d'information dits «Euro News», en prévoyant, par une clause des baux conclus avec l'organisme relais» constitué par la SODERLY, que celle-ci mettrait à la disposition de cette société l'immeuble à usage de bureaux d'Ecully ; qu'il n'est pas sérieusement contesté que le premier bail emphytéotique, approuvé par la délibération du 15 juin 1992, qui ne prévoyait le paiement d'aucune redevance par la SODERLY n'était pas conforme aux conditions du marché applicables à un tel contrat ; qu'en admettant même que la redevance de 1 000 000 F mise à la charge de la SODERLY par le nouveau bail emphytéotique approuvé par la délibération du 21 décembre 1992 ne s'écarte pas de ces conditions, la clause dispensant la SODERLY du paiement de cette redevance pendant dix ans, ne peut, alors que tout preneur d'un bail emphytéotique qui acquitte habituellement une redevance d'occupation de montant modique et doit, en revanche, exécuter à ses frais tous travaux et réparations sur l'immeuble mis à sa disposition, ainsi que le prévoient les articles L. 451-1 et suivants du code rural, auxquels se réfèrent expressément les baux conclus avec la SODERLY, être regardée comme justifiée, au regard des conditions du marché, par le fait que la SODERLY devait effectuer ou faire effectuer, pour une somme évaluée à 10 000 000 F hors taxe, des travaux de remise en état sur l'immeuble d'Ecully ; qu'en outre, en l'absence au dossier de tout engagement pris par la SODERLY ou par la société Euro News Opération en termes de création ou d'extension d'activités économiques, l'insuffisance de la redevance exigée de la SODERLY ne trouve pas de contreparties suffisantes dans le fait allégué par la communauté urbaine de Lyon, de manière d'ailleurs succincte ; que des retombées économiques et financières, caractérisées notamment par la création d'un certain nombre d'emplois, auraient résulté de la réalisation du projet en vue duquel les délibérations contestées ont été adoptées ; que, dans ces conditions, la communauté urbaine n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif, estimant que l'aide indirecte qu'elle a entendu apporter à la société Europe News Opération, par le moyen des baux emphytéotiques consentis à la SODERLY, n'était pas conforme aux dispositions de l'article 4 de la loi du 7 janvier 1982, a annulé les délibérations de son conseil des 15 juin et 21 décembre 1992. ».



CE Sect., 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles, n° 169473 (Rec. p. 391, AJDA 1997, p. 1010, obs. Richer ; RFDA 1998, n° 1, p. 12, concl. Touvet)
Propriété publique – Domaine privé – Cession au franc / euro symbolique

« Considérant que, par délibération du 9 septembre 1994 le conseil municipal de Fougerolles a autorisé le maire à céder une parcelle de terrain appartenant au domaine privé de la commune, d'une superficie de 36 ares environ, à la société anonyme à responsabilité limitée Leuvrey moyennant le versement d'un franc symbolique et l'engagement de créer cinq emplois dans un délai de trois ans ; Considérant, en premier lieu, que si la liberté reconnue aux collectivités territoriales par l'article 4 précité de la loi du 7 janvier 1982 d'accorder certaines aides indirectes à des entreprises en vue de permettre la création ou l'extension d'activités économiques ne peut légalement s'exercer que dans le respect des principes constitutionnels, la cession par une commune d'un terrain à une entreprise pour un prix inférieur à sa valeur ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe selon lequel une collectivité publique ne peut pas céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé lorsque la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général, et comporte des contreparties suffisantes ; Considérant que la cession de terrain autorisée par la délibération litigieuse a pour contrepartie l'engagement de l'entreprise de créer cinq emplois dans le délai de trois ans, assortie, en cas d'inexécution de cet engagement, de l'obligation de rembourser à la commune le prix du terrain tel qu'il a été évalué par le service des domaines, soit environ 36 000 F ; qu'il n'est pas allégué que la commune aurait consenti des cessions comparables en échange de contreparties différentes ; que, compte tenu de la finalité et des modalités de cette cession, la commune de Fougerolles n'a méconnu aucun principe constitutionnel en l'autorisant ; »

CE 21 avril 1997, Ministre du budget c. Société SAGIFA, n° 147602 (RFDA 1997 p. 935, note Fatôme et Terneyre, Gaz. Pal. 8 février 1998, p. 2, note Rezenthel)
Domaine public – occupation – propriété des ouvrages de l'occupant

« Considérant que l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté ; ».

CE Sect., 23 juin 1995, Association Défense Tuileries, n° 161311 (CJEG 1995 n° 514, p. 376-383, concl. Arrighi de Casanova)
Domaine public – occupation – compatibilité avec la vocation et la destination d'une dépendance du domaine public

« Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 6 du règlement dont s'agit : « Ne peuvent être autorisées dans l'esplanade des Feuillants que les occupations temporaires portant sur les activités suivantes : - 1/ Les manifestations officielles ou publiques ... dont l'objet sera compatible avec l'image et la vocation du jardin. Ces manifestations sont du type «fête du livre», «festival des loisirs d'enfants»,



ou journées caritatives. - 2/ Les fêtes ou manifestations dont le thème sera le jardin, ses éléments, les plantes et les végétaux, la statuaire. - 3/ La fête foraine ne pourra être autorisée que pour une durée maximale de deux mois. - 4/ Des manifestations ou événements dans la mesure où ils ne sont pas concurrentiels des activités prévues dans les espaces de la galerie Carrousel Louvre ... y compris les manifestations liées à la mode. - Sont expressément exclus : les activités de cirque, les salons d'antiquaires et de brocante et les foires ;

Considérant qu'eu égard aux conditions de temps et de lieu imposées par les dispositions attaquées, aucune des activités visées par lesdites dispositions n'est incompatible avec la vocation et la destination, conforme aux usages, du jardin des Tuileries ; que la circonstance que des manifestations, relevant de certaines des catégories ci-dessus énumérées, se seraient déroulées dans des conditions ne respectant pas la vocation du jardin est sans influence sur la régularité du cahier des charges en cause, qui a pour seul objet de limiter les types d'activités susceptibles de bénéficier d'autorisations d'occupation temporaire et n'a pas pour effet d'autoriser la tenue dans le jardin de telle ou telle manifestation particulière, une telle autorisation relevant, ainsi que le rappelle l'article 5 du même règlement, de l'établissement public du grand Louvre ; que, par suite, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que les dispositions attaquées auraient pour objet ou pour effet d'autoriser une occupation privative du domaine public inconciliable avec l'utilisation du jardin des Tuileries par le public conformément à sa destination ».

CE, 25 février 1994, SA Sofap-Marignan et al., n° 144641, 145406 (Rec. p. 94, RFDA 1994, p. 510, concl. Arrighi de Casanova et avis des sections de l'intérieur et des travaux publics du 31 janvier 1995 ; EDCE n° 47, p. 407)
Travaux publics – Bail emphytéotique

« Considérant qu'aux termes de l'article 13 de la loi susvisée du 5 janvier 1988 «II. Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, en faveur d'une personne privée, d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ...» ; que ces dispositions, qui étendent aux opérations qu'elles visent la possibilité pour une collectivité de consentir un bail emphytéotique sur les biens appartenant à son domaine privé ou public, n'excluent pas qu'un tel bail soit utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage mis à la disposition de la collectivité elle-même ;

Considérant, d'une part, qu'il est constant que le bail en cause répond aux conditions posées tant par l'article L. 451-1 du code rural que par les dispositions du paragraphe III de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 qui définissent les conditions auxquelles doivent satisfaire les baux passés en application du paragraphe II du même article ; qu'il ne ressort pas du dossier que les clauses financières qu'il comporte révéleraient une dénaturation de l'objet d'une telle convention ; que si, contrairement aux dispositions de l'article L.451-5 du code rural, le bailleur a en l'espèce le droit de résilier unilatéralement la convention dans certaines hypothèses, une telle stipulation, exorbitante du droit commun, peut être insérée dans un bail



souscrit en application des dispositions précitées de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988, sans que le contrat ainsi passé perde sa qualité de bail emphytéotique ; qu'enfin un tel bail peut valablement, compte tenu de l'objet qui lui est assigné par la loi, imposer au preneur des obligations tenant à l'utilisation qu'il fera du bien mis à sa disposition ;

Considérant qu'il suit de là que, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif, le bail dont s'agit constitue, conformément à sa désignation, un bail emphytéotique dont la passation est autorisée par les dispositions précitées de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 ; Considérant d'autre part que, dans l'opération ainsi entreprise, la ville de Lille n'assurera pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne jouera ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage ; que par suite l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne présente pas, même si une partie des ouvrages répond aux besoins de la ville de Lille, le caractère d'une opération de travaux publics ; que c'est par suite à tort que le tribunal administratif s'est, pour annuler la délibération autorisant la passation du bail, fondé sur ce que ladite opération constituait en réalité un marché de travaux publics et ne pouvait être réalisée sur le fondement de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 ».

CE 11 février 1994, Compagnie d'assurances La Préservatrice Foncière, n° 109564 (CJEG 1994, p. 548, concl. Toutée)
Domaine public – Régime de la copropriété

« Considérant que les règles essentielles du régime de la copropriété telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965, et notamment la propriété indivise des parties communes, - au nombre desquelles figurent, en particulier, outre le gros oeuvre de l'immeuble, les voies d'accès, passages et corridors -, la mitoyenneté présumée des cloisons et des murs séparant les parties privatives, l'interdiction faite aux copropriétaires de s'opposer à l'exécution, même à l'intérieur de leurs parties privatives, de certains travaux décidés par l'assemblée générale des copropriétaires se prononçant à la majorité, la garantie des créances du syndicat des copropriétaires à l'encontre d'un copropriétaire par une hypothèque légale sur son lot, sont incompatibles tant avec le régime de la domanialité publique qu'avec les caractères des ouvrages publics ; que, par suite, des locaux acquis par l'État, fût-ce pour les besoins d'un service public, dans un immeuble soumis au régime de la copropriété n'appartiennent pas au domaine public et ne peuvent être regardés comme constituant un ouvrage public ; que, par conséquent, les dommages qui trouveraient leur source dans l'aménagement ou l'entretien de ces locaux ne sont pas des dommages de travaux publics ; ».

CE, 3 décembre 1993, Ville de Paris c. Parent, n° 146710 (RFDA 1994, p. 583, concl. Bonichot)

Domaine public – Expropriation pour cause d'utilité publique (non)

« Considérant qu'il est constant qu'à la date du 7 novembre 1991 à laquelle le préfet de Paris a pris l'arrêté attaqué portant déclaration d'utilité publique et autorisant la ville de Paris ou son concessionnaire à acquérir les immeubles nécessaires à l'opération, les terrains faisant partie du domaine public ferroviaire



inclus dans le périmètre de la zone n'avaient pas été déclassés par le ministre chargé des transports, seul compétent pour prendre une telle décision en vertu des dispositions de l'article 10 du décret n° 83-816 du 13 septembre 1983 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 ; qu'ils ne pouvaient donc être légalement inclus dans cette déclaration d'utilité publique ; que, à supposer même qu'une partie des sursols du domaine public ferroviaire nécessaires à la réalisation de l'opération ne fasse pas partie dudit domaine public, l'exclusion de l'importante surface du domaine public ferroviaire nécessaire en tout état de cause à la réalisation de l'opération ôte à celle-ci son caractère d'utilité publique ; qu'il en résulte que la ville de Paris n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a annulé l'arrêté du préfet de Paris en date du 7 novembre 1991 ; ».

CE4mars1991,MmePalanque,n°79528(Rec.(T.)p.976;D.1992,somm.377,obs.Bon)
Expropriation pour cause d'utilité publique – ouvrages construit au titre d'une autorisation d'occupation temporaire – nature des droits de l'occupant sur les ouvrages dont il est propriétaire – droits réels (non)

« Considérant que, par arrêté du 28 mars 1985, le préfet, commissaire de la République du Gard a, sur le fondement du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, déclaré d'utilité publique les travaux de démolition et de reconstruction de certains pontons situés en bordure du chenal maritime du port de pêche du Grau-du-Roi ; que, par lettre du même jour, le maire de cette commune a informé Mme Y..., propriétaire de l'un des pontons, de l'existence de cette déclaration d'utilité publique et l'a avisée que la démolition interviendrait dans les quarante huit heures par les soins de l'entreprise chargée des travaux ; que le maire a par la suite tacitement rejeté la demande d'octroi d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public que Mme Y... lui avait adressée le 28 mai 1985, puis a fait parvenir à celle-ci une facture de 46 587,17 F correspondant au coût des travaux de démolition ;

Sur l'arrêté déclaratif d'utilité publique et la lettre du maire du Grau-du-Roi du 28 mars 1985 :

Considérant que les travaux déclarés d'utilité publique par l'arrêté attaqué concernent notamment le ponton commercial dont Mme Y... est propriétaire, et ont également pour objet l'aménagement du quai sur lequel est établi son fonds de commerce ; que c'est par suite à tort que le tribunal administratif a jugé que Mme Y... était dépourvue d'intérêt lui donnant qualité pour attaquer cet arrêté et que son jugement doit, sur ce point, être annulé ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu d'évoquer la demande de Mme Y... dirigée contre l'arrêté ci-dessus mentionné du 28 mars 1985 ;

Considérant qu'il résulte du dossier soumis à enquête que l'opération ne prévoit l'expropriation ou la cession amiable au profit de l'expropriant d'aucun des terrains compris dans les emprises de la déclaration d'utilité publique, lesquels font d'ailleurs dans leur intégralité partie du domaine public de l'État ; que les autorisations d'occupation temporaire dont certains des propriétaires des pontons sont titulaires ne constituent pas non plus des droits réels immobiliers de nature à faire l'objet d'une expropriation ; que dans ces conditions, il appartenait à l'autorité chargée



de la gestion et de la conservation du domaine de retirer, si elle s'y croyait fondée, les autorisations d'occupation en cours et d'engager une procédure d'expulsion à l'encontre des occupants sans titre ; qu'en revanche, l'opération n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article L. 11-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et ne pouvait donc légalement être déclarée d'utilité publique sur le fondement des dispositions dudit code ;

Considérant qu'il s'ensuit que Mme Y... est fondée à demander l'annulation du jugement attaqué en tant qu'il rejette ses conclusions dirigées contre l'arrêté préfectoral susmentionné du 28 mars 1985, ainsi que l'annulation dudit arrêté, et, par voie de conséquence, celle de la lettre du même jour du maire du Grau-du-Roi la mettant en demeure, par suite de l'intervention de la déclaration d'utilité publique, d'avoir à démolir son ponton. »

CE 6 mai 1985, Association EUROLAT Crédit Foncier de France, n° 41589, 41699 (Rec. p. 141AJDA 1985 p. 620, note Moreau et Fatôme ; RFDA 1986 p. 21, concl. Genevois)
Domaine public – Conventions comportant l'attribution de droits réels – Clauses incompatibles avec les principes de la domanialité publique

« Sur la demande de résiliation du bail et de la convention :

Cons. qu'il ressort des clauses des conventions ainsi intervenues, d'une part que l'Association Eurolat se voyait conférer un droit réel sur un terrain appartenant à une collectivité publique, affecté à un service public, et destiné par les parties à être aménagé à cet effet, et d'autre part que ladite Association était autorisée à céder librement son « droit au bail » à toute personne de son choix, que le syndicat s'engageait par avance à agréer et qui lui succéderait de ce fait dans la gestion du service, sans autre formalité qu'une consultation préalable du syndicat ; qu'enfin, l'une de ces clauses interdisait la résiliation du bail avant le remboursement complet du prêt accordé par le Crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l'Association une hypothèque sur les immeubles qu'elle devait construire, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l'exploitant défaillant ; que ces clauses, incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles ; qu'elles ont eu un caractère déterminant dans la conclusion des conventions et sont indivisibles des autres dispositions de ces conventions ; qu'elles ont donc pour effet d'entacher de nullité l'ensemble desdites conventions. »

CE, 13 octobre 1967, Cazeaux, n° 58332, rec. p. 368

Domaine public maritime – imprescriptibilité – droits fondés en titre

« Considérant que les parcelles litigieuses incluses, comme appartenant à la Société du domaine des près salés, dans le périmètre de l'association syndicale précitée ont été comprises dans les limites des dépendances du domaine public par un décret du 14 juin 1859 ; qu'il n'est pas soutenu que les constatations faites à cette occasion pour délimiter le domaine public méconnaissent la situation de fait du rivage ; qu'il résulte de ces constatations que lesdites parcelles étaient alors couvertes par la mer au sens des dispositions de l'ordonnance de la marine d'août 1681 ; qu'il ne



résulte pas du dossier que des droits réels aient été régulièrement acquis sur les parcelles litigieuses avant l'intervention de l'Edit de Moulins de février 1566 ; que, si un arrêté du préfet de la Gironde en date du 20 août 1859 a autorisé les auteurs de la Société du domaine des près salés à endiguer ces mêmes parcelles, aucune concession d'endigage ne leur a été régulièrement accordée par décret en Conseil d'État dans les formes prévues par l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807 et l'ordonnance du 23 septembre 1825 ; qu'ainsi et alors même que, postérieurement au décret du 14 juin 1859, les autorités publiques ont autorisé sur ces parcelles divers travaux, renoncé à plusieurs reprises à revendiquer la domanialité desdites parcelles et confirmé des bornages anciens qui ne correspondaient pas aux limites établies par ledit décret, les auteurs de la Société du domaine des près salés n'ont pu, de même que ladite société, acquérir aucun droit de propriété sur ces parcelles qui, faisant partie du domaine public, étaient inaliénables et imprescriptibles. »

CE, 3 mai 1963, Commune de Saint-Brévin-les-Pins, n° 45478, 54634 à 54636 (Rec. p. 259, AJDA 1963.344 chron. Gentot et Fourré ; RDP 1963.1175 note Waline ; CJEG 1964.464 note Virole)
Domaine public - concession de pêche – condition d'octroi des autorisations - conservation

« Considérant que si, dans l'exercice de ses pouvoirs de gestion du domaine public maritime, il appartient à l'Administration d'accorder à titre temporaire et dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur des autorisations d'occupation privative dudit domaine, ces autorisations ne peuvent légalement intervenir que si, compte tenu des nécessités de l'intérêt général, elles se concilient avec les usages conformes à la destination du domaine que le public est normalement en droit d'y exercer ainsi qu'avec l'obligation qu'a l'Administration d'assurer la conservation de son domaine public ».

CE Sect., 19 octobre 1956, Société « Le Béton », n° 20180 (Rec. p. 375, D. 1956 p. 681, concl. Long, RDP 1957, p. 310, concl. Long, AJDA 1956 II p. 472, concl. Long, p. 488 chron. Fournier et Braibant, JCP 1957, II, n° 9765, note Blaevoët, RA 1956 p. 617, note Liet-Veaux, RA 1957 p. 131, note Morice)
Domaine public (notion) – affectation au service public – aménagement spécial

« Considérant, d'autre part, qu'il résulte des dispositions du décret du 4 février 1932 et du Cahier des charges y annexé, notamment de celles précitées, que, sous le régime de ce décret, la partie des terrains que groupe le port «industriel» constitue l'un des éléments de l'organisation d'ensemble que forme le port de Bonneuil-sur-Marne ; qu'elle est, dès lors, au même titre que les autres parties de ce port, affectée à l'objet d'utilité générale qui a déterminé la concession à l'Office national de la Navigation de la totalité de ces terrains et en raison duquel ceux-ci se sont trouvés incorporés, du fait de cette concession, dans le domaine public de l'État. Que la circonstance qu'à la différence des autres terrains aménagés en vue d'une utilisation commune par les usagers de ce port, les terrains dont s'agit font l'objet de contrats d'utilisation privative, au profit de particuliers ou de sociétés exerçant des activités purement privées, ne saurait avoir pour conséquence de les soustraire au régime de la domanialité publique, dès lors qu'il est dans leur nature même de ne concourir que



sous cette forme au fonctionnement de l'ensemble du port et qu'il résulte, d'autre part, de l'instruction que lesdits terrains ont fait l'objet d'installations destinées à les rendre propres à cet usage par leur raccordement aux voies fluviales ferrées ou routières dont l'aménagement et la liaison constituent le port ; ».

CE, 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale, n° 66679, Rec. p. 129 (RDP 1944.236 concl. CHENOT, note JÈZE ; D. 1944.164 concl. CHENOT ; S. 1945.III.15, concl. CHENOT ; Rec. Penant, 1947.101 note WALINE) **Domaine public – Service public – Régime d'autorisation**

« Considérant que, par l'arrêté attaqué, le Gouverneur général de Madagascar a approuvé un nouveau cahier des charges type applicable aux autorisations d'installation et d'utilisation d'outillages privés sur le domaine public des ports et rades de la Colonie, avec obligation de service public ; que les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de transport des marchandises dans les ports et rades constituent des éléments du service public à l'exécution duquel le domaine public maritime est normalement destiné ; que, dans ces conditions, le Gouverneur général, chargé de l'administration de ce domaine, a pu légalement comprendre dans les autorisations susmentionnées l'exploitation des services de remorquage dans les ports et rades, au même titre que celle des engins, appareils, hangars et autres installations établies sur le domaine public ; qu'il lui appartenait de soumettre, comme il l'a fait, à des obligations de service public les bénéficiaires des autorisations d'outillage accordées en vue d'assurer la satisfaction des besoins des usagers des ports de la colonie ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à se prévaloir de ce que le cahier des charges type concerne non des concessions d'outillage public mais des autorisations d'outillage privé pour contester la légalité de ses dispositions déterminant les obligations de service public et notamment, les conditions d'utilisation et d'exploitation commerciale des engins, ainsi que les règles relatives à la perception des taxes dans les limites fixées par des tarifs ;

Considérant enfin que le Gouverneur général, à qui il appartenait de retirer dans un intérêt général les permissions d'occupation du domaine public précédemment accordées, a pu légalement, afin d'assujettir les bénéficiaires d'autorisations antérieures aux nouvelles obligations de service public définies par le cahier des charges, prescrire, par l'article 2 de l'arrêté attaqué que toutes les installations et exploitations existantes devraient, dans un délai de 3 mois, faire l'objet d'une demande en application dudit arrêté ; »

CE Sect., 28 juin 1935, Marécar, n° 36905 (Rec. p. 734, S. 1937.3.43, concl. R. Latournerie ; D. 1936.3.20 concl. R. Latournerie, note M. Waline ; R.D.P. 1935.590, concl. R. Latournerie, note G.J.) **Domaine public – cimetière – affectation à l'usage du public**

« Considérant qu'il est constant que, d'après les mentions mêmes de l'acte de vente en date du 30 juin 1927 qui constitue le titre d'acquisition du requérant, ce dernier n'est propriétaire que d'une parcelle d'une superficie d'un hectare 92 ares 80 centiares ; et qu'il est établi par les pièces versées au dossier que le surplus



du terrain qu'il exploite, soit 5 ares 25 centiares, provient de l'usurpation qu'il a commise sur le cimetière de la commune de Nedoucadou ;

Considérant, d'une part, que ledit cimetière fait partie, d'après les dispositions de l'art. 6 de l'arrêté du 27 avr. 1854, du domaine de cette commune, et a été rangé parmi les dotations immobilières de celle-ci par délibération du conseil général en date du 18 déc. 1880 ;

Considérant, d'autre part, qu'il est affecté à l'usage du public, et qu'il doit être, dès lors, compris parmi les dépendances du domaine public de la commune dont s'agit ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le sieur Mougamadousadagnetoullah dit Marécar a commis un empiètement sur le domaine public et que c'est, par suite, par une exacte application de l'alinéa 1^{er} de l'art.4 du décret du 18 mai 1920 que le conseil du contentieux a condamné le requérant à la remise des lieux en leur état primitif. »

CE Sect. 29 janvier 1932, Société des Autobus antibois, n° 99532, Rec. p. 117 (n°66679, p. 129 ; RDP 1944.236 concl. CHENOT, note JÈZE ; D. 1944.164 concl. CHENOT ; S. 1945.III.15 concl. CHENOT ; Rec. *Penant* 1947.101 note WALINE
Domaine public – service public - régime d'autoroute

« Considérant que, pour toute entreprise de transports en commun, il appartient au maire de subordonner à la délivrance d'une autorisation l'exploitation d'un service fonctionnant à l'intérieur de l'agglomération urbaine;

Mais considérant que, en ce qui concerne les entreprises de transports en commun reliant plusieurs communes entre elles, s'il appartenait au maire de leur interdire d'effectuer tout trafic de voyageurs à l'intérieur de l'agglomération de façon à empêcher la concurrence de ces entreprises avec la société concessionnaire des transports en commun dans ladite agglomération, et s'il était en droit, dans l'intérêt de la commodité de la circulation et de la sécurité des voies publiques, de prescrire des itinéraires spéciaux pour la traversée de la ville, d'interdire la montée ou la descente des voyageurs en dehors du ou des points où il estimerait que la circulation ne subirait de ce fait aucun inconvénient appréciable, et, d'une façon générale, d'aménager dans la commune au mieux de l'intérêt public les conditions de circulation des voitures de transports en commun assurant un service intercommunal, il ne pouvait, comme il l'a fait, ordonner auxdites entreprises de traverser la ville sans y effectuer un seul arrêt pour prendre ou déposer les voyageurs en provenance ou à destination de la ville de Cannes, une pareille prohibition ayant pour effet, dans les circonstances de l'espèce, d'interdire d'une façon absolue le service des transports en commun automobiles entre ladite ville et les autres communes. Que, dès lors, la société requérante est fondée à soutenir qu'à ce point de vue l'arrêté attaqué du maire de Cannes est entaché d'excès de pouvoir. »

CE, 17 janvier 1923, Piccioli, n° 69886, 77666, Rec. p. 44
Domaine public – propriété des personnes publiques

« Cons. Que, d'après l'art. 25 du cahier des clauses et conditions générales applicables à l'entreprise des sieurs Piccioli, l'administration se réserve les objets de toute nature qui pourraient se trouver dans les fouilles et démolitions faites dans les terrains appartenant à l'État, sauf indemnité à qui de droit ;



Cons. Qu'il résulte de l'instruction que le charbon dont les sieurs Piccioli réclament d'une part, a été extrait des déblais effectués au cours des travaux par eux exécutés dans le port d'Oran, c'est-à-dire dans des terrains appartenant à l'État ; qu'il était donc, aux termes de la disposition contractuelle ci-dessus rappelée, réservé en totalité à l'Administration, et que les entrepreneurs ne pouvaient prétendre, à raison de cette opération, qu'au prix du bordereau, augmenté de telle somme que de droit pour leurs soins particuliers ; que c'est, par la suite, à tort que le conseil de préfecture, leur faisant application de la législation sur les épaves, laquelle se trouvait écartée par le contrat, a condamné l'Algérie à payer aux sieurs Piccioli une somme de 23.650 fr. 90, pour sauvetage dudit charbon. »

CE 16 juillet 1909, Ville de Paris c. Chemin de fer d'Orléans, n° 22925 à 22960, Rec. p. 707 Domaine public – incorporation du domaine public communal au domaine public national

« Considérant que lors du prolongement du chemin de fer de Sceaux jusqu'aux abords du carrefour Médicis, effectué en exécution du décret du 14 déc. 1889, des parcelles de voies publiques de Paris ont été incorporées à la voie ferrée ; que cette incorporation ayant eu lieu sans un déclassement préalable, aucune mutation de propriété n'a pu se produire ; que la ville de Paris a conservé les droits de propriété qu'elle pouvait avoir sur les parcelles dont il s'agit et qu'elle recouvrera, en cas de désaffectation, le plein exercice de ces droits ; qu'elle n'a donc pas subi de dépossession donnant ouverture à un droit à indemnité dont il n'appartiendrait qu'à l'autorité judiciaire de connaître ».

Cour de cassation

Cass. civ., 21 décembre 1987, BRGM, n° 86-14167 (RFDA 1988 p.771 concl. Charbonnier, note Pacteau ; CJEG 1988 p. 107, note Richer) Propriété publique – voie d'exécution – insaisissabilité des biens publics

« Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que les biens n'appartenant pas à des personnes privées sont administrés et aliénés dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ; que, s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé. »

Voir à cet égard les arrêts de Cour suivant :

CA Paris, 18 mars 1986, BRGM, D. 1987, p. 310, Gaz. Pal. 26 avril 1987, n° 116) Propriété publique – voie d'exécution – principe d'égalité – application du droit commun (oui)

« La loi du 16 juillet 1980 ne saurait être regardée comme ayant pour seul objet de permettre au créancier d'une personne morale de droit public de rechercher la responsabilité personnelle des agents publics, ordonnateurs ou comptables. Le



législateur a visiblement voulu mettre à la disposition des créanciers une procédure simplifiée qui leur permette d'obtenir satisfaction plus rapidement que par l'utilisation des procédures contentieuses. Dans le silence de la loi, rien n'exclut, en présence d'une inertie de l'établissement public et de l'autorité de tutelle, le recours à des voies d'exécution du droit privé, notamment aux saisies-arrêts. »

CA Aix en Provence, 11 juillet 1984, SNCF c. Groupement régional des ASSEDIC de la région parisienne (AJDA 1984 p. 625, Gaz. Pal. 9 octobre 1984)

« Considérant que (...) la SNCF est un établissement public à caractère industriel et commercial ; que le législateur a précisé (...) que la SNCF « est soumise en matière financière et comptable aux règles applicables aux entreprises de commerce et « qu'elle tient sa comptabilité conformément au plan comptable général ;

Considérant qu'il résulte (...) des principes ainsi énoncés que tout ce qui concerne la comptabilité de la SNCF (...) échappe aux structures et aux normes de fonctionnement du droit public ; (...)

Considérant que (...) les fonds correspondant aux créances dont la SNCF est titulaire en raison de son activité commerciale n'ont pas le caractère de fonds et de valeurs appartenant ou confiées aux organismes publics » et qu'ils sont donc saisissables par les voies d'exécution du droit privé ; (...) que telle est la situation de la SNCF que la loi du 30 décembre 1982 déjà citée a entendu placer dans l'état de « concurrence loyale entre les modes de transports et les entreprises »... énoncé en l'article 3 de ladite loi ; (...) qu'il résulte que la SNCF est soumise, pour l'ensemble de son activité commerciale et de celles qui s'y rattachent, non seulement aux règles générales de compétence et de fond du droit privé, mais plus particulièrement, pour ce qui concerne les fonds et valeurs, aux voies d'exécution du même droit privé ; (...)

Considérant qu'il importe il est vrai, de réserver, en raison de la qualité d'établissement public de la SNCF chargée d'une mission de service public, le cas où une telle procédure serait de nature à compromettre le fonctionnement régulier et continu du service public ; (...) mais qu'en l'espèce, la SNCF ne démontre pas que les saisies-arrêts autorisées empêcheraient, en particulier par l'importance ou la nature des biens en cause, le fonctionnement régulier et continu du service public... »

Tribunal des conflits

TC, 22 novembre 2010, SARL Brasserie du Théâtre, n° 3764, rec. p. 590 (JCP A 31 janvier 2011, p. 32, note J.-G. Sorbara, BJCP 2011, p. 55, note P. Collin)
Domaine privé – acte ayant pour objet la valorisation ou la protection du domaine privé - compétence judiciaire

« Considérant que la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, ne



met en cause que des rapports de droit privé et relève, à ce titre, de la compétence du juge judiciaire ; qu'il en va de même de la contestation concernant des actes s'inscrivant dans un rapport de voisinage ; ».

TC, 12 avril 2010, Société ERDF c. M. et Mme Michel, n° 3718 (AJDA 2010, p. 1642, chronique S.-J. Liéber & D. Botteghi, JCP A 17 mai 2010, p. 32, note J. Moreau)
Déplacement ou transformation d'ouvrage public - compétence des juridictions administratives pour les ordonner

« En ce qui concerne la demande de déplacement du transformateur :

Considérant que des conclusions tendant à faire ordonner le déplacement ou la transformation d'un ouvrage public relèvent par nature de la compétence du juge administratif ; que le juge judiciaire ne peut prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public, sauf dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration ; ».

TC, 6 mai 2002, M. et Mme Binet, n° 03287, rec. p. 544 (CMP 2002, p. 28, note J.-P. Pietri, JCP G 2002, p. 1729, chron. C. Boiteau)
Propriété privée immobilière – dépossession autorisée par un acte ou par un contrat administratif – compétence juridictionnelle pour la réparation du préjudice – compétence juridictionnelle pour la prescription de mesures portant atteinte à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public

« En ce qui concerne les conclusions indemnitaires :

Considérant que si la protection de la propriété privée est essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire, la mission conférée à celle-ci se trouve limitée par l'interdiction qui lui est faite par les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III de connaître des actes de l'administration ; que, lorsqu'une contestation sérieuse existe quant à l'appréciation de la régularité d'un acte administratif ou d'un contrat administratif ayant autorisé la dépossession d'une propriété privée à caractère immobilier, le juge judiciaire n'a compétence pour réparer le préjudice en résultant que pour autant que l'irrégularité de cette dépossession a été constatée par le juge administratif..... ; ».

« En ce qui concerne les conclusions tendant à la suppression ou au déplacement de l'ouvrage public :

Considérant que des conclusions dirigées contre le refus de supprimer ou de déplacer un ouvrage public, et le cas échéant à ce que soit ordonné ce déplacement ou cette suppression, relèvent par nature de la compétence du juge administratif ; qu'ainsi, l'autorité judiciaire ne saurait, sans s'immiscer dans les opérations administratives et empiéter ainsi sur la compétence du juge administratif, prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public ; qu'il n'en va autrement que dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative et qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée. »



Tribunaux administratifs

TA Nîmes, 3 mars 2011, Mme L., Société le Palais des Pains, Société ABC la Brioche Chaude et autres, M. Chiapellini et autres, nos 1002678, 1003096, 1003188 et 100319 (AJDA 2011, p. 1022, note Héry)
Domaine public – utilisation à caractère commercial – redevance d'utilisation

« En ce qui concerne la méconnaissance des dispositions des articles L2125-1 à L 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques :

Considérant que l'article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose : « Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.-1 donne lieu au paiement d'une redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'État des équipements visant à améliorer la sécurité routière ou nécessaires à la liquidation et au constat des irrégularités de paiement de toute taxe perçue au titre de l'usage du domaine public routier. Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement : 1° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous ; 2° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même. En outre, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement aux associations à but non-lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général. » ; que l'article L. 2125-3 du même code dispose que : « La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaires de l'autorisation. » ;

Considérant que la commune d'Avignon a, par une délibération du 21 octobre 2010, instauré une redevance d'utilisation du domaine public pour tout distributeur automatique de billets installé en façade de bâtiment et accessible directement depuis le domaine public ainsi que pour les commerces pratiquant des ventes ou activités diverses au travers de vitrines ou de comptoirs ouvrant sur le domaine public sur lequel stationnent les clients, à l'exception des commerces procédant à la vente ou à la location de services ou biens culturels ;

Considérant, en premier lieu, qu'une redevance peut être mise à la charge des personnes qui utilisent ou occupent le domaine public et ne sont, au demeurant, assujetties à aucun régime autorisation ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'indépendamment du simple droit d'accès tiré de la qualité de riverain de la voie publique, les personnes qui ne peuvent exercer leur activité lucrative et réaliser les opérations matérielles de vente ou de transactions que parce que leur clientèle stationne temporairement sur la voie publique devant leur établissement doivent être regardées comme utilisant pour elles-mêmes le domaine public ;



Considérant que les commerces concernés par la redevance dont s'agit ne bénéficient d'aucune autorisation d'occupation ou d'utilisation de la voirie ; qu'ils n'ont d'ailleurs nul besoin d'en détenir une ; que, néanmoins, leur activité n'est rendue possible que par cette utilisation du domaine public ; que ladite activité ne pourrait se dérouler à l'intérieur de leur magasins et commerce, qui est dès lors soumis à une moindre valeur locative ; que la redevance est ainsi la contrepartie d'une modalité d'occupation du domaine public et de l'avantage qu'elle leur procure ; que, par suite, c'est à bon droit que le conseil municipal d'Avignon a pu instaurer, par la délibération contestée, la redevance litigieuse ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la rupture du principe d'égalité entre les usagers de la voie publique :

Considérant que la distinction effectuée par la délibération litigieuse entre les exploitants de distributeurs de billets de banque et les commerçants de diverses denrées, notamment alimentaires, répond à une différence de situation objective ; qu'elle n'est ainsi pas constitutive d'une rupture du principe d'égalité entre les usagers du service public ;

Considérant, en revanche, qu'aucun critère objectif ne justifie l'exonération du paiement de la redevance par les sociétés à objet commercial vendant des objets ou des services culturels par rapport aux sociétés ou exploitations dont l'objet est le commerce d'autres produits ; que les dispositions législatives en vigueur ne prévoient l'exonération que pour les seules associations se livrant à de telles activités culturelles ; que, par suite, la distinction opérée entre les commerces de vente d'objets ou de biens culturels et les autres exploitations est constitutive d'une rupture du principe d'égalité entre les usagers du domaine public ; que la délibération litigieuse doit être annulée en tant qu'elle institue cette distinction ; ».

TA Nîmes 24 janvier 2008 Société des trains touristiques G. Eisenreich, (AJDA 2008.2172, note Dreyfus ; RLC 2008 n°25 p. 35 chron. Clamour) Domaine public – convention d'occupation – principe général du droit communautaire de non discrimination – publicité et mise en concurrence

« Considérant (...) qu'une convention d'occupation du domaine public n'est pas exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclu par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats ; qu'elle ne peut être conclue sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence ; qu'ainsi en indiquant, dans son rapport soumis aux membres du conseil municipal, que la nouvelle convention devait faire l'objet d'une mise en concurrence, le maire d'Avignon n'a pas fourni d'information erronée aux élus.



Le présent ouvrage a été élaboré par la section du rapport et des études du Conseil d'État, en collaboration avec les intervenants du colloque.

Il est enrichi de références documentaires, non exhaustives, proposées dans le cadre d'une démarche pédagogique, pour faciliter la compréhension et le suivi des débats.

Les contenus sont protégés par les droits d'auteur ; toute référence à la publication devra comporter les mentions éditoriales.

Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Olivier Schrameck, président de la section du rapport et des études

Conception et réalisation :

Jacky Richard, conseiller d'État, président adjoint de la SRE,
Corinne Mathey, secrétaire de la SRE

Secrétaire de rédaction : Guillaume du Puy-Montbrun, chargé de mission à la SRE avec l'appui de Yacine Baïta, Evelyne Ghanbariha et Sophie Kamaropoulos, assistants à la SRE

Coordination et suivi du colloque

Jean-François Debat, délégué à l'exécution des décisions de justice de la SRE,

Fabien Chevalier, secrétaire adjoint de la SRE,
Benjamin Brame, Morgane Villers, stagiaires à la SRE,
Régina Volberg et Marie-Christine Gallicher, assistantes à la SRE.

Crédits photos, conseil graphique : direction de la communication

