

DOSSIER DU PARTICIPANT

Colloque du mercredi 6 juillet 2011, de 9h30 à 17h00

La valorisation économique des propriétés des personnes publiques

*Un colloque organisé
par le Conseil d'État
à l'École nationale d'administration (ENA)*



Sommaire

PROGRAMME	2
PRESENTATION DU COLLOQUE DANS LE CADRE DES ENTRETIENS DU CONSEIL D'ÉTAT EN DROIT PUBLIC ECONOMIQUE	3
SEANCE D'OUVERTURE	17
TABLE RONDE 1 : LA VALORISATION, PAR LES PERSONNES PUBLIQUES, DE LEUR DOMAINE	18
1. Problématique	18
2. Intervenants.....	18
3. Textes et documents de référence.....	20
4- Bibliographie indicative	73
ALLOCUTION D'OUVERTURE DE LA SEANCE DE L'APRES-MIDI	74
TABLE RONDE 2 : LA CESSION DES PROPRIETES DES PERSONNES PUBLIQUES	75
1. Problématique	75
2. Intervenants.....	75
3. Textes et documents de référence.....	77
4- Bibliographie indicative	124
DIALOGUE CONCLUSIF CROISÉ	126

PROGRAMME

9 h 30 – Séance d’ouverture

- Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d’État

10 h 00 – Table ronde n°1 : La valorisation, par les personnes publiques, de leur domaine

Modérateur

- Michel PINAULT, président de la section de l’administration

Intervenants

- Hervé BARBARET, administrateur général du Louvre
- Sophie BOISSARD, directrice générale de Gares et Connexions, membre du comité exécutif de la SNCF
- Christine MAUGÜÉ, présidente de la 6ème sous-section du contentieux
- Michèle RAUNET, notaire, étude notariale Cheuvreux & Associés
- Pierre-Eric SPITZ, directeur des affaires juridiques de la ville de Paris

12 h 30 – Déjeuner

Buffet offert sur place

14 h 00 – Allocution d’ouverture de la séance de l’après-midi

- Bernard STIRN, président de la section du contentieux

14 h 15 – Table ronde n°2 : La cession des propriétés des personnes publiques

Modérateur

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

Intervenants

- Bruno CHEUVREUX, notaire, étude notariale Cheuvreux & Associés
- Daniel DUBOST, chef du service France Domaine
- Eric LUCAS, contrôleur général des armées
- Philippe PELLETIER, avocat, cabinet Lefèvre Pelletier
- Philippe TERNEYRE, professeur de droit public à l’université de Pau

16 h 30 – Dialogue conclusif

- Yves GAUDEMET, professeur de droit public à l’université Paris II
- Roland PEYLET, président adjoint de la section des travaux publics

PRESENTATION DU COLLOQUE DANS LE CADRE DES ENTRETIENS DU CONSEIL D'ÉTAT EN DROIT PUBLIC ECONOMIQUE

Les Entretiens du Conseil d'État en droit public économique

- Ce colloque, consacré à la valorisation économique des propriétés des personnes publiques, s'insère dans le cadre des **Entretiens du Conseil d'État en droit public économique**.
- **Le juge administratif, par son rôle consultatif et juridictionnel, est au cœur des débats économiques.** L'importance du droit public économique et le rôle des juridictions administratives échappent le plus souvent aux non spécialistes. Pourtant, des pans entiers de l'activité économique sont régis par le droit public. Il s'agit notamment du droit fiscal, du contrôle croissant des pratiques anticoncurrentielles au sein de l'administration particulièrement en matière de passation de contrats de la commande publique, du statut des entreprises publiques, de la tarification de biens ou services dans les secteurs les plus divers, de la valorisation, par contrat ou par cession, par les personnes publiques de leur patrimoine. Ces thèmes sont abordés à la lueur des évolutions récentes du droit communautaire, dont le juge administratif est le juge de droit commun.
- **Il s'agit d'instaurer un dialogue suivi avec les acteurs du droit public économique.** Le bon accomplissement de la mission du Conseil d'État implique, à ce titre, d'organiser un dialogue périodique avec les acteurs du droit public économique (administrations, cabinets d'avocats, fiscalistes, magistrats, directions juridiques d'entreprises, universitaires, etc.) et de vérifier la lisibilité de ce droit. Il s'agit également de permettre à ces acteurs de faire valoir les améliorations ou clarifications qu'il serait souhaitable de lui apporter.

Le colloque sur « La valorisation économique des propriétés des personnes publiques »

- Ce colloque, qui s'inscrit dans le cycle consacré au droit public économique, a l'ambition de répondre à certaines interrogations posées par la révision générale des politiques publiques. Il est l'occasion de nourrir des réflexions pluralistes pour une évolution de la réglementation et de présenter, en amont, **l'étude des questions soulevées par les évolutions dans le domaine de la gestion et de la valorisation économique, par les autorités publiques, de leurs propriétés.**
- **Le champ de ce colloque se limitera au domaine matériel des personnes publiques**, excluant volontairement les problématiques relatives à leur patrimoine immatériel qui pourront faire l'objet d'un colloque organisé par le Conseil d'État en 2012. La thématique retenue pour ce colloque pose, en effet déjà beaucoup de questions. Le thème de la valorisation, qui intègre la cession, adapté au patrimoine matériel appelle plusieurs niveaux d'analyse : le principe (tous les domaines sont-ils valorisables ?); les instruments, qui se multiplient souvent sous le coup de l'urgence ou de la contrainte, présentent un éventail varié allant de l'autorisation unilatérale aux techniques contractuelles en passant par la constitution de droits réels sur le domaine et les différents modes de tarification.
- **Le colloque sera ainsi l'occasion d'aborder la question de la constitution, de la transmission et de l'évaluation des droits réels** et des prérogatives de l'administration pour la valorisation de son domaine. Se pose également la question des pratiques lors de mises en concurrence, notamment au regard du droit européen et de la jurisprudence.
- **Cette démarche privilégiera, au-delà de la présentation des évolutions et outils juridiques récents, un retour d'expérience sur des cas concrets** ; les évolutions de jurisprudence seront évoquées tout au long des débats.

I. Présentation de la politique immobilière de l'État

A. La RGPP appliquée au patrimoine immobilier de l'État : contenu du PLF 2011

« L'État a pris conscience de l'importance de son patrimoine, qui représente 60 millions de m², dont 12 millions de m² de bureaux. Ce patrimoine est évalué à 60 milliards d'euros au bilan de l'État du 31 décembre 2009. Il est exceptionnel et ne correspond pas toujours aux besoins de l'État, car il est trop important, souvent ancien et peu fonctionnel.

Depuis la mise en place d'une gestion unifiée par l'État propriétaire en 2009, sous la responsabilité du ministre du Budget, la politique immobilière a pris une nouvelle ampleur. Ses objectifs sont de réduire le coût de l'immobilier pour les finances publiques, de moderniser l'immobilier (en améliorant les conditions de service aux usagers et le cadre de travail des agents), de contribuer au développement de l'offre de foncier public pour construire des logements, d'améliorer la qualité des bâtiments publics pour remplir les objectifs du Grenelle de l'environnement et de mieux valoriser le patrimoine des Français (en cédant les actifs inutiles ou inadaptés et en accroissant ou en préservant leur valeur dans la durée).

Trois actions principales sont conduites par le représentant de l'État-propriétaire (le service France Domaine de la direction générale des Finances publiques), qui rejoignent les démarches de tous les grands gestionnaires de patrimoine immobilier :

a. Réduire les surfaces occupées et le coût immobilier pour l'État

De 2007 à 2009, les surfaces ont commencé à se réduire de 184 000 m². L'intensification de cette baisse est essentielle, alors que l'effort de réduction des effectifs se poursuit et que les réformes de la révision générale des politiques publiques (RGPP) se mettent en place. La transparence est assurée avec la publication de l'évolution des surfaces occupées par l'État, par ministère, dans le projet annuel de performances du compte d'affectation spéciale « gestion du patrimoine immobilier de l'État ».

La réorganisation des locaux est un levier essentiel de réforme de l'État. En 2010, le regroupement physique des administrations locales au sein des nouvelles directions départementales ministérielles a pu être défini dans la quasi-totalité des départements. Ceci permettra de mettre en œuvre concrètement la réforme de l'administration territoriale de l'État, dans des locaux plus modernes et fonctionnels, tout en abaissant durablement le coût de fonctionnement immobilier de ces administrations : 500 000 m² en moins ; 10 millions

d'euros de loyers économisés auprès de bailleurs privés ; un ratio d'occupation qui passe, pour les services concernés, de 18 à 15 m² par agent. L'effort devra se poursuivre et se généraliser, pour rejoindre la cible Gouvernementale de 12m² par agent. C'est l'objet des schémas pluriannuels de stratégie immobilière : après avoir été réalisés pour les administrations centrales en 2008, ils devront être achevés, dans chaque département et pour tous les services de l'État, avant le 31 décembre 2010, puis examinés par le Conseil de l'immobilier de l'État et mis en œuvre.

Outre la réduction des surfaces, le coût immobilier peut être réduit en optant pour des bâtiments moins chers. Cet impératif est particulièrement essentiel pour les locations auprès de bailleurs privés. En Île-de-France, aucun bail ne sera signé pour un loyer économique supérieur à 400 euros par an.

Pour ces deux premières actions, l'État récolte les fruits du dispositif mis en place depuis plusieurs années, sur le modèle de la gestion immobilière privée et visant à responsabiliser les administrations sur le coût de l'immobilier qu'elles occupent. Les loyers budgétaires, applicables aux immeubles majoritairement constitués de bureaux de l'État, sont indexés pour la deuxième année. Des conventions d'occupation, véritables baux publics, sont conclues entre le service France Domaine et l'occupant. Elles précisent les obligations du propriétaire et de l'occupant, notamment en matière de performance immobilière (ratios d'occupation, respect du Grenelle de l'Environnement) et d'entretien.

Grâce à sa politique immobilière offensive, le parc immobilier de l'État aura des surfaces moins importantes, plus fonctionnelles, moins chères et mieux entretenues.

b. Entretien le patrimoine de l'État, pour garantir sa valeur et répondre aux exigences du Grenelle de l'environnement

Un programme spécifique existe depuis 2009 pour financer les opérations d'entretien : il est doté de 215 millions d'euros dans le PLF 2011. Ce dispositif est indispensable pour préserver les moyens d'une entretien du propriétaire efficace, planifié, progressivement préventif plutôt que curatif. La supervision des travaux est réalisée localement, sous l'autorité des préfets de région, par les équipes des ministères chargés du domaine (service France Domaine de la direction générale des Finances publiques) et de l'Ecologie.

La majorité des bâtiments de l'État a déjà fait l'objet d'audits techniques et thermiques, pour déterminer leur état et pour identifier les travaux prioritaires et les plus utiles pour remplir les objectifs de la loi

Grenelle I en matière de qualité des bâtiments publics (réduire les consommations d'énergie d'au moins 40% et les émissions de gaz à effet de serre d'au moins 50% dans un délai de 8 ans). Sur la base des priorités ainsi constatées, les préfets de région vont programmer les opérations d'entretien. Les crédits concernés leur ont déjà été déconcentrés à hauteur d'un tiers dès 2010; ils le seront intégralement en 2012.

c. Mobiliser les opérateurs de l'État, pour conduire également une politique immobilière offensive

Après une longue opération d'inventaire, ce patrimoine de 40 millions de m² bâtis et 7 millions d'hectares de terrains a été évalué à 42 milliards d'euros, dont 26 milliards d'euros de biens appartenant à l'État. Ces opérateurs ont préparé des schémas immobiliers répondant aux mêmes exigences que ceux des administrations : ils sont examinés par l'État, le service France Domaine disposant d'un visa conforme avant amendement ou approbation du schéma par le conseil d'administration de l'opérateur. A compter de 2012, les opérateurs paieront des loyers. Les biens qui ne sont pas nécessaires au service public devront être restitués à l'État.

Une démarche partenariale se met ainsi en place entre l'État et certains opérateurs : l'Office national des forêts (ONF) et France Domaine préparent un bail emphytéotique sur le parc des 2 500 « maisons forestières », alors que ce patrimoine ne donnait lieu jusqu'à présent à aucune rémunération pour l'État.

Grâce à ce travail méthodique de rationalisation, de nombreux biens sont libérés et ne sont plus nécessaires aux missions de l'État et de ses opérateurs : ils doivent être cédés. Ces opérations de cessions se sont donc accélérées depuis la présentation par le ministre du Budget, le 9 juin 2010, du plan pluriannuel de cessions des biens de l'État. Le contexte du marché immobilier favorise la reprise de ce mouvement de ventes, après plusieurs années marquées par le ralentissement du marché et donc certains reports de ventes de l'État, dans le souci de ne pas brader le patrimoine des Français.

Le compte d'affectation spéciale (CAS) « Gestion du patrimoine immobilier de l'État » recueille les recettes provenant de ces cessions d'immeubles ou de droits immobiliers, réalisées par l'État. Il a pour objet :

- de contribuer au désendettement de l'État ;
- de financer les projets immobiliers de l'État, à commencer par le relogement (dans des conditions plus performantes) des services qui occupaient précédemment les bâtiments cédés, mais aussi le soutien aux projets que les ministères n'ont pas ponctuellement ou durablement les moyens de

financer, alors qu'ils sont cohérents avec la modernisation immobilière et patrimoine de l'État.

En 2011, l'objectif de cessions s'établit à 400 millions d'euros. »

Source : www.rgpp.modernisation.gouv.fr

B. La Révision Générale des Politiques Publiques (RGPP) : rappel des principaux éléments

Lancée au deuxième semestre de l'année 2007, la RGPP vise à mettre en place des objectifs et des principes d'action de nature à procéder, à la fois, à la réduction globale des dépenses publiques et à l'amélioration de la qualité des services rendus au public. La politique immobilière de l'État est l'un des éléments importants de cette action.

Contexte

- l'intervention de l'État était devenue multiforme et parfois peu lisible ;
- l'organisation de l'État s'était progressivement complexifiée pour les usagers ;
- la taille de l'État était considérablement accrue depuis 30 ans.

Objectifs

- améliorer la qualité du service rendu aux usagers ;
- réduire les dépenses publiques ;
- poursuivre la modernisation de la fonction publique et valoriser les initiatives des agents.

Principes d'actions

- la RGPP est d'abord une démarche partenariale ;
- la RGPP est une démarche globale : toutes les structures de l'État sont concernées ;
- elle bénéficie d'un soutien politique fort ;
- elle repose sur une analyse approfondie et détaillée des spécificités de chaque ministère ;
- elle fait l'objet d'un suivi rigoureux, avec l'évaluation sur la base d'objectifs et d'indicateurs précis.

II. Présentation du patrimoine immobilier de l'État

A. Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques

« La publication au Journal officiel du 22 avril 2006 de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques constitue [...] en soi un événement. Mais au-delà de ce simple constat, le code (par commodité le CG3P) [...] présente, à raison de son objet, une singularité qui s'apprécie tant au regard de son élaboration que de son économie générale.

a. L'élaboration du code

Le diagnostic avait été posé dès 1986 par le rapport du Conseil d'État sur l'avenir du droit des propriétés publiques et la nécessité de moderniser le droit de la propriété des personnes publiques faisait depuis cette date l'objet d'un consensus. La codification du droit de la propriété des personnes publiques ne pouvait être effectuée à droit constant tant ce droit s'était, durant les dernières décennies, diversifié et complexifié au gré des modifications de l'environnement juridique et économique. Le droit domanial était devenu à maints égards trop rigide, eu égard aux opportunités liées à la valorisation économique du domaine public, et se traduisait, sans vision d'ensemble, par une sédimentation de textes successifs et une stratification des procédures et des modes de gestion des biens des différentes personnes publiques.

Institué par le décret n° 57-1336 du 28 décembre 1957, le code du domaine de l'État reflétait nécessairement ces contradictions ou ces insuffisances dans la mesure où il n'avait pas fait l'objet d'une révision d'ensemble depuis 1970. Les règles applicables aux collectivités territoriales lui étaient par définition étrangères, sans que le code général des collectivités territoriales, institué à droit constant, ait du reste totalement pris en charge l'ensemble du droit domanial des propriétés publiques locales. Le droit domanial applicable aux établissements publics était fragmentaire et souvent empirique, décalquant les règles applicables à l'État moyennant des aménagements plus ou moins explicites. Les codes spécialisés avaient enfin contribué à la parcellisation du droit des propriétés publiques.

Le Gouvernement a en conséquence entrepris une réforme d'ampleur destinée à permettre une remise en ordre cohérente actualisée et structurée de l'ordonnement juridique domanial.

La traduction dans le droit de cette volonté de réforme d'ensemble du droit des propriétés publiques a pourtant nécessité un délai qui pourrait sembler déraisonnable. A la suite du rapport du Conseil d'État de 1986, un groupe de travail présidé par le conseiller d'État Max Querrien s'est réuni à partir du mois de janvier 1991 et a achevé ses travaux au début de l'année 1999. Le Gouvernement a, au vu de ses travaux, rédigé un projet de code des propriétés publiques. Le projet de code établi au vu de la première loi d'habilitation du 2 juillet 2003 et transmis au Conseil d'État au mois de septembre 2004, a été examiné par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 30 mars 2006, ce qui signifie que l'examen du texte par les formations administratives du Conseil d'État a duré 18 mois. Trente trois mois ont donc séparé la première loi d'habilitation de l'adoption du code. Et trois lois d'habilitation ont été nécessaires !

Ce délai trouve une part de son explication dans les choix opérés pour l'élaboration du code. Lors de l'examen au Conseil d'État du projet de texte, l'approche initialement retenue, fondée sur la distinction entre domaine public et domaine privé, a été écartée pour les raisons indiquées ci-après, a été écartée pour les raisons indiquées ci-après, ce qui a nécessité la réécriture de la totalité du code. [...]

b. Les choix opérés pour l'élaboration du code

Ces choix répondent à une double problématique tenant au périmètre du code et au plan retenu. Ils se traduisent aussi par une innovation dans la technique de codification.

c. Le périmètre du code

La première difficulté rencontrée réside évidemment dans le fait qu'en raison de son objet même, le CG3P intéresse, d'une part, de manière transversale toutes les personnes publiques et au sein de l'État toutes les administrations de l'État et, d'autre part, l'ensemble de leurs biens meubles et immeubles. La question du périmètre du code a pris dès lors un relief particulier. En effet, des problèmes délicats de frontière du code avec d'autres codes en cours d'élaboration (code des transports notamment) ou existants se posaient. Force est de constater que de nombreux autres codes contiennent déjà des dispositions de nature domaniale, qu'il s'agisse du code général des collectivités territoriales ou de codes à vocation plus technique (code de la santé publique, code rural, code de la défense, code de l'éducation, code de l'aviation civile, code des ports maritimes...). Par ailleurs, le rapatriement dans le CG3P des dispositions domaniales de certains codes a soulevé des difficultés. Par exemple pour la voirie, l'intégration au code de certaines dispositions du code de la voirie routière relatives au classement et au déclassement des voies ne se justifiait pas vraiment dès lors que ces dispositions ne déterminent pas un régime général mais relèvent plutôt de dispositions techniques relatives à ce domaine. Enfin les dispositions du CG3P relatives à l'outre-mer devaient-elles intégrer le code du domaine existant à Mayotte ?

La lecture du code révèle que les choix opérés par le Gouvernement ont obéi au principe du réalisme. Le périmètre du CG3P est le fruit de choix différents selon les domaines concernés, ces choix étant guidés notamment par l'impact de l'intégration des dispositions domaniales insérées dans d'autres codes sur l'équilibre du code, notamment au regard de la partie réglementaire qui devra être ensuite élaborée. Ce faisant le Gouvernement a suivi la recommandation de la Commission supérieure de codification. [...]

Les choix opérés se sont traduits, d'une part, par la reprise de toutes les dispositions présentant un caractère législatif du code du domaine de l'État élaboré en 1957 puis revu en 1962, des dispositions de nature domaniale du code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure [...] et de celles du code de Mayotte. D'autre part et pour les autres codes, pour des raisons de lisibilité et afin de favoriser l'accessibilité du droit aux usagers, le parti a été pris de faire référence aux dispositions pertinentes de ces codes et non de rapatrier dans le CG3P toutes les dispositions domaniales.

C'est sans doute ce qui justifie le titre du code. La référence à l'adjectif « général » exprime le fait que le code a vocation, à l'image du code général des collectivités territoriales, à s'appliquer à des personnes publiques différentes et présente ainsi un caractère transversal mais aussi le fait que le code ne s'est pas donné pour objectif d'embrasser toutes les dispositions applicables aux biens des diverses personnes publiques. C'est ainsi que l'article L. 2 du code renvoie aux textes qui régissent les personnes publiques autres que l'État ou les collectivités territoriales ainsi que les établissements publics, à savoir la Banque de France, les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale [...] et les groupements d'intérêt public, le soin de fixer le régime applicable à leurs biens.

d. Le plan retenu

[...] [Le cadre retenu par le code civil] centré autour, successivement, des questions d'acquisition, d'administration et d'aliénation est apparu [le plus adéquat] aux auteurs [du CG3P]. Cette distinction permet d'ordonner les dispositions à codifier autour des questions centrales des modes d'acquisition, de la gestion des biens puis de leur cession. La structure du code, en cinq parties, suit ainsi l'ordre logique de déroulement du processus pour les propriétaires. Il est traité, en premier lieu, des procédés selon lesquels la propriété des personnes publiques se constitue, puis des modes de gestion des biens et droits mobiliers et immobiliers publics et enfin de leur aliénation. Les personnes publiques sont également conduites, très fréquemment, à assurer la continuité des services publics dont elles ont la charge dans des situations où elles ne sont pas propriétaires de leurs biens et certaines règles domaniales doivent être mises en oeuvre dans ces situations. Enfin, de façon classique, les dispositions applicables outre-mer sont distinguées en tant que de besoin. [...]

e. L'économie générale du code

Le code procède à un grand nombre d'innovations. Il n'est pas envisageable dans le cadre de cet article de les présenter toutes. [...] L'accent sera mis sur trois autres innovations qui revêtent une

importance particulière par leur portée ou par leurs enjeux. Le code clarifie plusieurs notions fondamentales relatives à la délimitation de la domanialité publique et à la maîtrise par les personnes publiques de l'affectation des biens à l'utilité publique. Il facilite la modernisation de la gestion du patrimoine des personnes publiques. Il permet enfin une meilleure valorisation économique du domaine public des personnes publiques.

f. La clarification de notions fondamentales

L'effort de clarification concerne notamment la définition du domaine public immobilier et du domaine public mobilier. Il se manifeste également par l'inscription dans la loi de la théorie des mutations domaniales.

g. Une définition renouvelée du domaine public immobilier

[...] Selon l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, sous réserve de dispositions législatives spéciales le domaine public d'une personne publique est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. Cette définition appelle plusieurs observations d'inégale importance.

En premier lieu, le législateur a pris la main pour préciser par la loi les critères qui devront être mis en oeuvre pour définir le domaine public immobilier. Certes les articles 538, 540 et 541 du code civil mentionnent certains biens comme étant des dépendances du domaine public mais à l'origine était visé le domaine national, notion qui ne recouvre pas celle du domaine public, et la distinction entre domaine public et domaine privé était alors ignorée. De même les articles L. 1 et L. 2 du code du domaine de l'État, désormais abrogé, avaient donné une définition du domaine public applicable à cette personne publique mais la jurisprudence n'en tirait aucune conséquence dans la mesure où cette définition renvoyait à une notion (biens non susceptibles de propriété privée) dégagée au XIXe siècle par Ducrocq qui se référait en fait à une domanialité naturelle (par exemple les fleuves) pour caractériser les biens à l'usage de tous.

En deuxième lieu, le critère de l'aménagement indispensable retenu pour l'affectation des biens au service public conduit à un resserrement du périmètre de la domanialité publique et à un réexamen de la jurisprudence.

Le juge administratif, s'inspirant des travaux de la commission de réforme du code civil qui, dans sa séance du 6 novembre 1947, avait proposé une définition du domaine public, a retenu le critère de

l'aménagement spécial afin de cerner au plus près la réalité de l'affectation d'une dépendance domaniale à un service public ou à l'usage du public. Il s'agissait à l'origine d'un critère réducteur mais son utilisation a en pratique abouti à un résultat opposé. Dès lors que le juge décelait le moindre aménagement, il a eu tendance à en déduire de façon quasi mécanique l'application du régime de la domanialité publique. [...]

La définition retenue par le législateur est centrée sur la notion déterminante d'affectation, étant observé que la condition d'appartenance du bien à la personne publique demeure. Il doit s'agir d'une propriété pleine et entière et non d'une propriété démembrée. [...]

Pour les biens qui sont affectés à l'usage direct du public toute référence explicite à l'aménagement disparaît (**CE 28 juin 1935, Marécar**, Lebon p. 734). Pour autant il n'en résulte pas de modification fondamentale dans la mesure où le critère posé dans le code est celui d'une affectation à l'usage direct du public et où une ouverture au public ne saurait se confondre avec une telle affectation. Ainsi le seul fait d'ouvrir une plage au public ne signifie pas par lui-même que la dépendance domaniale soit affectée à l'usage direct du public. De même si, pour les forêts, la jurisprudence s'est fondée sur l'absence d'aménagements spéciaux suffisants pour en déduire la domanialité privée alors même que l'Office national des forêts avait pris des mesures pour ouvrir la forêt au public par la réalisation de certains aménagements (**CE 28 novembre 1975, ONF c/ Abamonte**, Lebon p. 602). [...]

Pour les biens affectés au service public, leur domanialité publique dépendra du caractère indispensable des aménagements en cause à l'exécution des missions de ce service. A titre d'exemples, on peut citer l'aménagement impliqué par la nécessité de disposer de salles d'audience dans une juridiction ou celui que requiert la célébration du mariage dans une mairie. [...]

Cette nouvelle définition réductrice ne modifie pas en tant que tel le champ d'application de la théorie de la domanialité publique globale qui conduit à ranger sous le même régime de domanialité publique l'ensemble des biens inclus dans une emprise foncière déterminée où le service public s'exerce alors même que le bien en cause n'aurait pas fait l'objet d'aménagements et ne serait pas utilisé par le service public (terrain dans l'enceinte d'un port ou d'un aéroport par exemple). [...]

En troisième et dernier lieu, en exigeant que les biens fassent l'objet d'un aménagement indispensable, les auteurs du code ont entendu donner une sécurité juridique aux personnes publiques et aux tiers. Cette définition substitue une appréciation objective, fondée sur le fait que

l'affectation au service est certaine, à l'appréciation subjective résultant de l'application de la théorie de la domanialité publique virtuelle. En vertu de cette théorie, dégagée par la doctrine à la lecture de la décision *Association Eurolat Crédit Foncier de France* (CE 6 mai 1985, Lebon p. 141, concl. B. Genevois) et consacrée par deux avis des formations administratives du Conseil d'État (CE avis 31 janvier 1995 des sections de l'intérieur et des travaux publics et avis du 18 mai 2004 de la section de l'intérieur relatif aux locaux destinés à abriter la Cinémathèque), le fait de prévoir de façon certaine une affectation à l'usage direct du public ou à un service public moyennant des aménagements spéciaux implique cependant que le terrain est soumis dès ce moment aux principes de la domanialité publique. Il semblait ainsi exister un régime intermédiaire où sont applicables les principes de la domanialité publique (notamment l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité) bien que le bien ne relève pas encore du domaine public. Mais cette distinction entre le moment de l'incorporation au domaine public et l'application des principes de la domanialité publique soulevait dans son application de grandes difficultés en raison du degré d'incertitude qui affecte sa mise en oeuvre ; elle était, qui plus est, incompréhensible pour les praticiens et source de contentieux. [...] La nouvelle définition du domaine public, dont le rapport au président de la République indique qu'elle prive d'effet la théorie de la domanialité publique virtuelle, implique le retour à une règle simple fondée sur un régime binaire : un bien est ou n'est pas dans le domaine public. Il n'en fait pas partie tant que l'affectation ne peut objectivement être constatée (**T. confl. 15 janvier 1979, Payan**, Lebon tables p. 665). La rédaction retenue ne rend pas nécessaire un achèvement des aménagements : il suffit qu'ils soient en cours (**CE 1er octobre 1958, Hild**, Lebon p. 463). [...] »

Source : Christine MAUGÛE et Gilles BACHELIER, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA, 2006, pp. 1073 à 1086

B. Bases légales

La définition, le contenu et le régime juridique du domaine public immobilier font l'objet du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre 1^{er} de la deuxième partie du CGPPP :

- Domaine public immobilier "classique" : art. L.2111-1 CGPPP et L.2111-2 ;
- Domaines publics spécifiques :
- Domaine public maritime : art. L. 2111-4, L. 2111-5 et L. 2111-6 ;
- Domaine public fluvial : art. L. 2111-7 à L. 2111-11 ;
- Domaine public routier : art. L. 2111-14 ;
- Domaine public ferroviaire : art. L. 2111-15 ;
- Domaine public aéronautique : art. L. 2111-16 ;
- Domaine public hertzien : art. L. 2111-17 (immatériel).

Le patrimoine immobilier de l'État : consistance et bases légales		
Domaine public immobilier « général »	Art. L. 2111-1 à L. 2111-3 CGPPP	<ul style="list-style-type: none"> - Le domaine public est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à la bonne exécution du service public. - Font également partie du domaine public les biens de ces personnes publiques qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable. - Sauf disposition législative contraire, tout acte de classement ou d'incorporation d'un bien dans le domaine public a pour effet la constatation de l'appartenance de ce bien au domaine public.
Domaine public maritime	Art. L. 2111-4 à L. 2111-6 CGPPP	<ul style="list-style-type: none"> - Le domaine public maritime naturel de l'État comprend le sol et sous-sol de la mer (jusqu'aux eaux internationales), le rivage de mer, le sol et sous-sol des étangs salés en communication avec la mer, les lais et relais de la mer, la zone bordant le littoral dans les départements d'outre mer et les terrains réservés en vue de la satisfaction des besoins d'intérêt public d'ordre maritime, balnéaire ou touristiques qui ont été acquis par l'État. - Le domaine public maritime artificiel est constitué des ouvrages et installations appartenant à une personne publique et destinés à sécuriser et faciliter la navigation maritime, les biens immobiliers appartenant à une personne publique et concourant au fonctionnement d'ensemble des ports maritimes.
Domaine public fluvial	Art. L. 2111-7 à L. 2111-11 CGPPP	<ul style="list-style-type: none"> - Le domaine public fluvial naturel est constitué des cours d'eau et lacs appartenant à l'État ou ses collectivités et classés dans le domaine public fluvial. - Le domaine public fluvial artificiel est constitué des canaux et plans d'eau appartenant à une personne publique et classés dans son domaine public fluvial, les ouvrages et installations appartenant à une personne publique destinés à assurer l'alimentation en eau des canaux et plans d'eau, concourant au bon fonctionnement d'ensemble des ports intérieurs et dans les ports maritimes, les biens immobiliers concourant au fonctionnement d'ensemble de ces ports.
Domaine public routier	Art. L. 2111-14	<ul style="list-style-type: none"> - Le domaine public routier comprend l'ensemble des biens appartenant à une personne publique et affectés au besoin de la circulation terrestre, à l'exception des voies ferrées.
Domaine public ferroviaire	Art. L. 2111-15	<ul style="list-style-type: none"> - Le domaine public ferroviaire est constitué des biens immobiliers appartenant à une personne publique et affectés exclusivement aux services de transport publics guidés le long de leurs parcours en site propre.
Domaine public aéronautique	Art. L. 2111-16	<ul style="list-style-type: none"> - Le domaine public aéronautique est constitué des biens publics immobiliers affectés aux besoins de circulation aérienne publique. Il comprend notamment les emprises des aérodromes et les installations nécessaires pour les besoins de la sécurité de la circulation aérienne située en dehors de ces emprises.
Domaine public hertzien	Art. L. 2111-17	<ul style="list-style-type: none"> - Les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'État.

III. La délimitation juridique du domaine public immobilier

A. Jurisdiction compétente pour la définition du domaine public

« La juridiction administrative détient une compétence exclusive en ce qui concerne la définition (mais aussi le contentieux de la délimitation) du domaine public. Ces questions constituent pour les tribunaux judiciaires des questions préjudicielles, même si leur solution n'implique pas l'interprétation ou l'appréciation d'actes administratifs.

Cette exclusivité, en cas de difficulté, de la compétence administrative a été critiquée, mais est reconnue tant par la jurisprudence judiciaire (**Cass, civ. 31 oct 1956, EDF**) que par la jurisprudence administrative (**CE 16 nov. 1960, Cne du Bugue**).

En revanche les questions de propriété et donc celle de l'appartenance d'un bien à un particulier relèvent du seul juge judiciaire et, lorsqu'elles sont soulevées devant le juge administratif et font l'objet d'une contestation sérieuse, constituent pour celui-ci une question préjudicielle (CE 24 juill. 1953, Ville de Bar-le-Duc). »

Source : Yves GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, in *Traité de droit administratif*, p.52 et suiv.

B. Les grands arrêts du droit du domaine public

Les grands arrêts présentés ci-dessous retracent l'histoire de la qualification du domaine public. La détermination d'un critère de qualification est le point névralgique et indispensable d'une qualification uniforme. Ainsi, le critère « d'affectation à un usage direct du public » initialement utilisé pour la qualification du domaine a progressivement été modifié et remplacé, dans un premier temps, par les critères « d'affectation à l'usage du public » ou « d'affectation à un service public » et « d'aménagement spécial » puis, depuis 2005, par les critères « d'affectation du bien à l'usage » et « d'aménagement indispensable » ; ce dernier critère, dégagé par le Conseil Constitutionnel, se veut plus restrictif que le simple « aménagement spécial ».

a. Conseil d'État, 28 juin 1935, *Sieur Mougamadousadagnetoullah (dit « Marécar »)* : caractère suffisant du critère de l'affectation à l'usage direct du public

[...] « Considérant, d'une part, que ledit cimetière fait partie, d'après les dispositions de l'art. 6 de l'arrêté du 27 avril 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 il s'agit ».

b. Conseil d'État, 19 octobre 1956 « *Le Béton* » : critères de l'affectation à un service public et de l'aménagement spécial

[...] « Considérant, d'une part, qu'à supposer même qu'ainsi que la Société requérante le prétend, dans un bail consenti, en 1926, à la Société dont elle a pris la place, le terrain litigieux ait été déclaré faire partie du domaine privé de l'État, il est constant que le contrat de location qui a donné lieu à la présente instance a été conclu par l'Office national de la Navigation avec la société "Le Béton" les 24 juin et 29 juillet 1937, c'est-à-dire à une date postérieure à la concession susindiquée et sous le régime de cette concession ; que, par suite, c'est par rapport à ce régime que doit être actuellement apprécié le caractère juridique du terrain ;

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 ;**

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le contrat litigieux, dénommé "bail de location d'un terrain industriel" compris dans les limites de la concession, comportait occupation du domaine public ; qu'en se déclarant compétent pour statuer sur le litige soulevé par l'application des stipulations de ce contrat, le Conseil de Préfecture de la Seine a fait, dès lors, une exacte application des dispositions du décret du 17 juin 1938 ».

c. Conseil d'État, 11 mai 1959 « *Sieur Dauphin* » : critères de l'affectation du bien à l'usage du public et de l'aménagement spécial

[...] Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'allée des Alyscamps, qui appartient à la ville d'Arles, est **affectée à un service public** de caractère culturel et touristique et qu'elle a fait l'objet **d'aménagement spéciaux** en vue de cet usage ; qu'ainsi cette allée a été incorporée au domaine public communal ; »

[...]

d. Conseil Constitutionnel, décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005 : critères de l'affectation du bien à l'usage du public et aménagement indispensable

[...] « -SUR LA MÉCONNAISSANCE DU PRINCIPE DE CONTINUITÉ DU SERVICE PUBLIC :

2. Considérant qu'en vertu du troisième alinéa de l'article L. 251-2 du code de l'aviation civile, dans sa rédaction issue de l'article 6 de la loi déferée : " Un cahier des charges approuvé par décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles la société Aéroports de Paris assure les services publics liés à l'exploitation des aéroports mentionnés au premier alinéa et exécute, sous l'autorité des titulaires du pouvoir de police, les missions de police administrative qui lui incombent " ;[...]

3. Considérant que, selon les requérants, ni cet article, ni aucune autre disposition du titre Ier de la loi déferée ne prévoient les garanties nécessaires au " respect des exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics " ; qu'ils estiment, en particulier, que les biens déclassés et remis en pleine propriété à Aéroports de Paris en vertu de la loi déferée auraient dû être " soumis à un régime particulier permettant de garantir la continuité du service public " ; qu'ils font valoir que l'autorité administrative doit être en mesure " de reprendre sans délai la maîtrise directe de l'exploitation des aéroports de Roissy-Charles-de-Gaulle et de Paris-Orly " si l'exigent " des motifs d'intérêt général tels que les nécessités de la défense nationale ou de la vie économique du pays " ;

4. 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 ;

5. 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 aéroports 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 ;

6. Considérant, en outre, qu'en cas de circonstances exceptionnelles, les autorités compétentes de l'État pourront, en tant que de besoin, procéder, dans le cadre de leurs pouvoirs de police administrative ou en vertu des dispositions du code de la défense, à toute réquisition de personnes, de biens et de services ;

7. Considérant, dès lors, que le principe de continuité du service public n'est pas méconnu par l'article 6 de la loi déferée ; »

[...]

C. Droit positif : les évolutions et changements apportés par le CG3P

Jusqu'en 2006, la jurisprudence de la Cour de Cassation, du Conseil d'État et du Conseil Constitutionnel avait dégagé des principes visant à la qualification d'un bien immobilier en bien public (voir ci-dessus). Cette jurisprudence progressive a été largement modifiée par l'entrée en vigueur de la partie législative du CG3P. Des différences sont notables sur différents points :

- la condition d'appartenance du bien public immobilier à une personne publique.
- Le contenu de la condition relative à l'existence d'un aménagement.
- Le champ d'application de la condition d'aménagement indispensable.
- Quand la condition de l'aménagement indispensable est-elle remplie ?
- Le champ d'application de la définition du domaine public immobilier général.

a. Les conditions nécessaires pour qu'un bien appartienne, en lui-même, au domaine public immobilier : évolutions apportées par l'entrée en vigueur du CG3P

« Les deux premiers articles du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) relatifs à la consistance du domaine public immobilier, les articles L. 2111-1 et L. 2111-2, mettent en évidence que la distinction première qu'il faut effectuer pour définir la consistance du domaine public immobilier est entre :

- d'une part, les biens qui, considérés en eux-mêmes, satisfont aux conditions d'appartenance à ce domaine et,

- d'autre part, les biens qui apparaissent comme étant l'accessoire des précédents et qui, pour cette raison, en suivent le sort. (voir document suivant p.15).

[Les développements suivants seront consacrés aux biens satisfaisant en eux-mêmes les conditions d'appartenance au domaine public.]

La construction du chapitre du code consacré à la consistance du domaine public immobilier fait clairement apparaître que la détermination des conditions d'appartenance à ce domaine implique que l'on opère, au départ, une nouvelle distinction entre non plus, comme cela était le cas jusqu'à présent, le domaine public naturel et le domaine public artificiel ou encore entre le domaine public affecté à l'usage direct du public et le domaine public affecté à un service public, mais entre :

- d'une part, des domaines publics spécifiques (les domaines publics maritime naturel, maritime artificiel, fluvial naturel, fluvial artificiel, routier, ferroviaire, aéronautique et hertzien) qui correspondent chacun à des catégories de biens déterminés et,

- d'autre part, ce que, faute de mieux, on peut sans doute appeler le domaine public immobilier général qui, lui, regroupe des biens qui, par définition, n'appartiennent à aucune des catégories précédentes.

En effet, comme il est logique, les conditions d'appartenance à chacun des domaines publics immobiliers spécifiques sont des conditions qui, sauf sur un point d'appartenance à une personne publique, sont spécifiques à chacun de ses domaines. [...]

En revanche, les conditions d'appartenance au domaine public immobilier général résultent, elles, de la règle édictée par l'article L. 2111-1 que le code qualifie de règle générale qui, tout en se situant dans le prolongement de la définition jurisprudentielle du domaine public à laquelle elle se substitue, en diffère malgré tout de façon

relativement importante.

En effet, avant l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques, il fallait, aux termes de la jurisprudence, pour qu'un bien immobilier considéré en lui-même appartienne au domaine public immobilier général, qu'il remplisse trois conditions : il devait appartenir à une personne publique dont le statut n'était pas incompatible avec l'application des règles de la domanialité publique, être affecté soit à l'usage direct du public soit à un service public et, enfin, avoir fait l'objet d'un aménagement spécial.

Désormais, depuis l'entrée en vigueur du code, il faut, aux termes des articles L. 1, L. 2 et L. 2111-1, que le bien immobilier remplisse, selon les cas, les deux ou les trois conditions : premièrement, appartenir soit à « l'État, aux collectivités territoriales et à leur groupements ainsi qu'aux établissements publics » (art. L. 1), soit à une autre personne publique mais à condition dans ce cas que les textes qui régissent cette personne prévoient expressément la possibilité pour elle d'avoir un domaine public (art. L. 2), deuxièmement, être affecté soit à l'usage direct du public, soit à un service public et, troisièmement, mais uniquement en cas d'affectation à un service public, « faire l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public » (art. L. 2111-1).

Les éléments de base de la définition (propriété, affectation, aménagement) sont donc toujours les mêmes, mais les deux définitions n'en présentent pas moins des différences importantes sur plusieurs points.

1. La condition d'appartenance du bien immobilier à une personne publique

La première condition concerne l'appartenance du bien immobilier à une personne publique.

En effet, alors qu'aux termes de la jurisprudence antérieure, toute personne publique pouvait être propriétaire d'un domaine public sous la seule réserve « qu'aucune disposition législative la concernant ne fasse obstacle à l'application de la domanialité publique » (CE avis 9 décembre 1999 relatif à la Banque de France) [...] désormais il convient, en vertu des articles L. 1, L. 2, et L. 2111-1, d'opérer une distinction entre deux catégories de personnes publiques. Il y a, tout d'abord, les personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, c'est-à-dire les personnes publiques « classiques » (État, collectivités territoriales, groupement de collectivités territoriales et établissements publics) qui, « sous réserve de dispositions législatives spéciales » (art. L. 1), peuvent de plein droit être propriétaires d'un domaine public. Il y a, ensuite, « les autres personnes publiques », c'est-à-dire celles que l'on qualifie souvent de personnes publiques *sui generis* (Banque de France, groupements d'intérêt

public, Institut de France depuis l'article 35 de la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche...) qui ne peuvent être propriétaires d'un domaine public que si les textes qui les régissent le prévoient expressément.

Tirant les conséquences de cette nouvelle solution, l'ordonnance à laquelle le CGPPP est annexée complète le statut d'un certain nombre de personnes publiques *sui generis* (Banque de France, autorité de contrôle des assurances et des mutuelles...) par une disposition prévoyant expressément que « les biens immobiliers appartenant [à ces personnes] [...] sont soumis aux dispositions du code général de la propriété des personnes publiques applicables aux établissements publics de l'État » et, donc, peuvent notamment appartenir au domaine public dans les mêmes conditions que les biens immobiliers appartenant à ces établissements publics. [...]

Mais, au-delà des problèmes posés par la distinction ainsi opérée par le code pour l'application de ses dispositions entre deux catégories de personnes publiques, il reste – c'est sans doute l'élément le plus important en ce qui concerne cette première condition [...] – fidèle au critère organique de la domanialité publique puisqu'il maintient la règle selon laquelle seules des personnes publiques peuvent être propriétaires d'un domaine public. Ce qui a notamment pour conséquence que se pose dans les mêmes termes qu'auparavant la question de savoir dans quelle mesure une personne publique peut, pour éviter qu'un équipement public fasse partie du domaine public, faire en sorte qu'il ne lui appartienne pas mais qu'il appartienne à une personne privée. [...]

2. Le contenu de la condition relative à l'existence d'un aménagement

Le deuxième point sur lequel une différence existe entre les conditions d'appartenance au domaine public immobilier général exigées par le code et celles qui étaient exigées par la jurisprudence **concerne le contenu de la troisième condition relative à l'exigence d'un aménagement**. En effet, alors qu'aux termes de la jurisprudence antérieure au code, cette troisième condition était constituée par l'existence d'un aménagement spécial, désormais aux termes de l'article L. 2111-1, elle est constituée par l'existence d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de service public auquel le bien est affecté. [...] Dans l'esprit de ses auteurs, la condition d'aménagement indispensable est plus exigeante que celle d'aménagement spécial et, donc, constitue un critère réducteur de la domanialité publique plus efficace que celui qui était constitué par la condition d'aménagement spécial. Le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance relative à la partie législative du CGPPP est d'ailleurs parfaitement clair à cet égard puisqu'on peut y lire :

« L'existence d'un simple aménagement spécial n'est plus suffisante pour caractériser la nature domaniale d'un bien. Il s'agit de proposer une définition qui réduit le périmètre de la domanialité publique. C'est désormais la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable pour concrétiser l'affectation d'un immeuble au service public qui déterminera de façon objective l'application à ce bien du régime de la domanialité publique ».

A s'en tenir au sens des mots, on peut douter que l'objectif poursuivi soit atteint dans la mesure où il paraît logique de considérer qu'un aménagement indispensable à l'exécution des missions d'un service public, comme par exemple un branchement informatique, peut ne pas constituer un aménagement spécial (au sens de spécifique) d'un bien pour l'exécution du service public auquel il est affecté, alors qu'en revanche tout aménagement spécial d'un bien pour l'exécution d'un tel service est, tout au moins on peut l'espérer puisque sinon il serait superflu, indispensable pour l'exécution de ce service. Ce qui permet de penser qu'il aurait été préférable d'écrire tout simplement dans l'article en cause ce que le recours à la notion d'aménagement indispensable est censé permettre, à savoir que seuls parmi les biens affectés à un service public font partie du domaine public ceux qui sont nécessaires au bon fonctionnement des services auxquels ils sont affectés. Manière de procéder qui, il faut le souligner, est d'ailleurs celle que le législateur et le Conseil constitutionnel utilisent pour dire quels sont les biens affectés à un service public qui ne peuvent pas appartenir au domaine public, notamment parce qu'ils sont la propriété de personnes privées, qui doivent être soumis à un régime spécifique destiné à assurer le respect du principe de continuité du service public (v., par exemple, *Cons. const. 14 avril 2005, n° 2005-513 DC, Loi relative aux aéroports*).

Toutefois, il est très probable qu'en pratique le résultat poursuivi sera atteint car on peut penser que le juge saura voir dans la modification ainsi opérée par le code ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire une invitation à interpréter de façon beaucoup plus restrictive qu'il ne le faisait auparavant cette troisième condition nécessaire pour qu'un bien appartenant à une personne publique et affecté à un service public fasse partie du domaine public.

3. Le champ d'application de la condition d'aménagement indispensable

Le troisième point sur lequel existe une différence entre le code et la jurisprudence antérieure concerne non plus le contenu de cette troisième condition, mais son champ d'application.

En effet, on sait qu'au départ cette condition complémentaire tenant à l'existence d'un aménagement spécial est apparue à propos des

biens affectés à un service public (CE 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, D. 1956, p. 681, concl. Long), mais que, par la suite, la jurisprudence y a fait expressément référence pour certains biens affectés directement à l'usage du public. Ce qui a conduit certains auteurs à la conclusion que « l'exigence de l'aménagement spécial des biens immobiliers dont l'existence ou l'état sont les conséquences de l'intervention de l'homme qui les a faits ce qu'ils sont [et donc qui ne sont pas le résultat de phénomènes naturels] concerne indistinctement ceux qui sont affectés à l'usage direct du public et ceux qui le sont à un service public » (R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, p. 389).

Or, le code revient sur cette extension puisqu'il est dit dans l'article L. 2111-1 que « le domaine public est constitué de biens [...] qui sont soit affectés à l'usage direct du public soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable [...] ». La formule « en ce cas » ne laisse place à aucune incertitude : désormais, cette troisième condition constituée par l'existence d'un aménagement spécial, devenu indispensable, ne vaut que pour les biens affectés à un service public. Le rapport précité au président de la République le confirme d'ailleurs de la manière la plus nette puisqu'on peut y lire qu'« en termes des définitions générales, celle du domaine public immobilier est fondée sur les critères jurisprudentiels de l'affectation d'un bien à l'usage direct du public ou au service public pourvu qu'en ce dernier cas, ce bien fasse l'objet d'un aménagement indispensable à la mission de service public ».

Cette limitation du champ d'application de ce qui veut être un critère réducteur de la domanialité publique aux seuls biens affectés à un service public présente un inconvénient majeur : celui de redonner une portée à la distinction entre les biens affectés à l'usage direct du public et les biens affectés à un service public.

En effet, ainsi que de nombreux arrêts l'ont montré (v., notamment, CE 11 mai 1959, *Dauphin*, Lebon p. 314), « la distinction entre l'affectation à l'usage du public et l'affectation à un service public n'est pas toujours aussi claire qu'il paraît [...] l'affectation [pouvant] dans certains cas aussi bien être présentée comme faite à l'usage du public ou à un service public. Mais, comme du fait de l'évolution de la jurisprudence antérieure au code, l'exigence d'un aménagement spécial concernait indistinctement les biens qui sont affectés à l'usage direct du public et ceux qui le sont à un service public, « il importait peu qu'il y ait matière à contestation, à doute ou à variation. Car la question de savoir si un bien est affecté à l'usage du public ou à un service public [était] sans intérêt du point de vue de la détermination de son appartenance au domaine public » (R. Chapus, préc., p. 385 et 389). Or, désormais tel n'est plus le cas : la distinction entre ces deux catégories de biens retrouve tout son

intérêt puisque les conditions nécessaires pour qu'un bien entre dans le domaine public immobilier général ne sont plus les mêmes selon qu'il s'agit d'un bien affecté à l'usage du public ou d'un bien affecté à un service public et que force est donc, désormais, de savoir si un bien relève de l'une ou l'autre de ces deux catégories.

Cette solution sera source d'insécurité juridique, du fait de la difficulté qu'il y a à opérer, au moins dans certaines hypothèses, cette distinction. Dès lors, fallait-il l'adopter ? La question mérite d'autant plus d'être posée que, du fait des dispositions du code relatives aux divers domaines publics naturels, les biens affectés à l'usage du public visés par l'article L. 2111-1 sont uniquement des biens dont « l'existence et l'état ne résultent pas de phénomènes naturels, mais de l'intervention de l'homme qui les a faits ce qu'ils sont » (R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien) et, donc, sont uniquement des biens qui en réalité font, comme ceux qui sont affectés à un service public, l'objet d'un aménagement dont on a du mal à comprendre pourquoi, à la différence de ceux qui concernent des biens affectés à un service public, il ne doit pas être indispensable !

4. Quand la condition de l'aménagement indispensable est-elle remplie ?

Le quatrième point sur lequel existe une différence entre le code et la jurisprudence antérieure concerne le moment où cette condition complémentaire nécessaire pour qu'un bien affecté à un service public puisse appartenir au domaine public doit être considérée comme remplie. En effet, dans le cadre de la jurisprudence antérieure au code, telle que notamment le Conseil d'État l'a interprétée dans son avis du 18 mai 2004 relatif à la Cinémathèque française (EDCE 2005, p. 185), cette condition n'était considérée comme remplie que lorsque les aménagements spéciaux étaient réalisés. Or, désormais, tel n'est plus le cas.

Aux termes de l'article L. 2111-1, cette troisième condition est constituée désormais par le fait que le bien fasse l'objet, et non ait fait l'objet, d'un aménagement indispensable. Par conséquent, il n'est plus nécessaire pour que cette troisième condition soit remplie que l'aménagement indispensable ait été réalisé, il suffit que sa réalisation soit en cours, qu'elle ait commencé. Le rapport au président de la République est à nouveau très clair à cet égard puisqu'il y est dit que « c'est désormais la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable [...] qui déterminera [...] l'application [...] du régime de la domanialité publique ». Pourquoi cette remontée dans le temps ? Le rapport au président de la République le dit très clairement : « pour priver d'effet la théorie de la domanialité publique virtuelle ». Mais, on peut douter qu'à elle seule, cette remontée dans le temps permette d'atteindre cet objectif. [...]

5. Le champ d'application de la définition du domaine public immobilier général

Enfin, le cinquième point sur lequel existe une différence entre la définition du code et celle de la jurisprudence concerne le champ d'application de ces deux définitions.

En effet, puisqu'il s'agit de définitions générales, la définition donnée par le code comme celle qui l'était par la jurisprudence ne s'appliquent, comme prend soin de le préciser l'article L. 2111-1, que « sous réserve de dispositions législatives spéciales », c'est-à-dire sous réserve d'exceptions qui peuvent être elles-mêmes de deux sortes. Il peut s'agir d'exceptions qui prévoient que certains biens font obligatoirement partie du domaine privé quels que soient leur affectation et les aménagements dont ils peuvent faire l'objet (cas des immeubles à usage de bureaux appartenant à l'État et à ses établissements publics aux termes de l'ordonnance du 19 août 2004). Ou bien, il peut s'agir d'exceptions qui prévoient que certains biens appartiennent au domaine public bien qu'ils ne remplissent pas les conditions édictées par la définition générale, mais parce qu'ils en remplissent d'autres qui emportent leur appartenance à l'un des domaines publics « spécifiques » prévus par le code (cas, par exemple, des rivages de la mer, des fleuves, etc.).

Or, le code ajoute de nouvelles exceptions à celles qui existaient avant lui. C'est ainsi notamment que, désormais, en vertu de l'article L. 2211-1, les immeubles à usage de bureaux de toutes les personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, et non plus seulement de l'État et de ses établissements publics, font partie du domaine privé ou, encore, et peut-être surtout, qu'en vertu des articles L. 2111-6 et L. 2111-10, les domaines publics maritime et fluvial artificiels constituent des domaines publics dont la consistance n'est plus régie par la définition générale du domaine public, mais par les dispositions qui font de ces deux domaines des domaines publics spécifiques. Or, en prévoyant ces nouvelles exceptions, le code réduit bien sûr d'autant le champ d'application de la règle générale qui tend à apparaître désormais comme une disposition de nature subsidiaire qui ne s'applique qu'à défaut de dispositions spécifiques concernant une catégorie de biens déterminés. »

Source : Etienne FATÔME, *La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions*, AJDA 2006, p. 1087

b. CG3P : les conditions nécessaires pour qu'un bien soit inclus dans le domaine public par application de la règle de l'accessoire

« Aux termes de la jurisprudence, [les] conditions [tenant à l'inclusion d'un bien dans le domaine public par application de la règle de l'accessoire] étaient de deux sortes : il fallait, premièrement, que, en vertu du critère organique de la domanialité

publique, le bien appartienne à une personne publique et il fallait, deuxièmement, soit qu'il ait un lien physique étroit avec une dépendance du domaine public, soit qu'il constitue « un élément indispensable ou même simplement utile [pour l'utilisation de cette dépendance] »; étant entendu que, comme le rappelle le rapport au président de la République, « ces critères d'indissociabilité physique et de lien fonctionnel [étaient] formulés de façon variable par le juge », façon pudique de dire que, comme l'avocat général Jerry Sainte Rose l'écrivait [...] « la jurisprudence relative au caractère accessoire d'un bien par rapport à une dépendance du domaine public est quelque peu fluctuante et ne permet pas [toujours] d'aboutir à une solution indiscutable » (*Cass. 1re civ. 13 décembre 2005, Crédit municipal de Paris*).

Qu'en est-il désormais ? La première constatation qui s'impose est que, conséquence du maintien du critère organique de la domanialité publique, la première condition nécessaire pour qu'un bien soit inclus dans le domaine public par application de la règle de l'accessoire est toujours, aux termes de l'article L. 2111-2, que ce bien appartienne à une personne publique [...] mentionnée à l'article L. 1, [ou] une « autre personne publique » à laquelle l'article L. 2111-2 a été rendu applicable par les textes qui la régissent.

En revanche, s'agissant de la seconde catégorie de conditions, la différence est considérable puisque, dans le but de réduire le champ d'application de la domanialité publique, l'article L. 2111-2 décide que, désormais, un bien ne peut faire partie du domaine public par application de la règle de l'accessoire que si, tout à la fois, il concourt à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public et s'il constitue un accessoire indissociable de ce bien. Par conséquent, un lien soit fonctionnel, soit physique ne suffit plus, il faut que les deux existent cumulativement. Tout au moins en est-il ainsi si le bien en cause n'est pas un bien à usage de bureaux puisque aux termes de l'article L. 2211-1, les biens immobiliers à usage de bureaux appartiennent au domaine public « lorsqu'ils forment un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public ». Si bien que s'agissant de ce type particulier de biens, un lien de nature physique suffit.

Mais, au-delà du problème de cohérence posé par cette différence de solution, ce qu'il importe surtout de souligner c'est que, telle qu'elle est rédigée, cette disposition de l'article L. 2111-2 soulève deux questions.

La première est relative au lien fonctionnel. Il faut, décide l'article L. 2111-2, que le bien « concoure à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public ». Mais de quelle utilisation s'agit-il ? S'agit-il uniquement de la ou des utilisations conformes à l'affectation de cette dépendance ? Ou s'agit-il également des utilisations non conformes mais

compatibles avec l'affectation dont la dépendance est susceptible de faire l'objet ? Autrement dit, est-ce que le bien « accessoire » peut concourir uniquement à une utilisation non conforme à l'affectation ? On peut penser que non. Mais, à nouveau, il faudra attendre que le juge se prononce pour savoir ce qu'il en est exactement.

La seconde question concerne la condition « d'indissociabilité ». En effet, on peut avoir deux conceptions de « l'indissociabilité » d'un bien par rapport à un autre : une conception très étroite qui consiste à considérer que cette « indissociabilité » n'existe que si la démolition de ce bien a nécessairement pour conséquence d'entraîner la démolition, au moins partielle, de l'autre ou, à tout le moins, d'en affecter la structure (cas par exemple d'un parc de stationnement en rez-de-chaussée d'un immeuble par rapport aux étages situés au-dessus) ; une conception plus large qui consiste à considérer qu'il suffit que le bien « accessoire » soit ancré et, donc, fasse physiquement corps avec le bien « principal » (cas par exemple d'une construction réalisée sur un terrain). Or, puisque désormais, en vertu d'une disposition législative, la règle de l'accessoire ne peut jouer que si le bien constitue un accessoire indissociable d'une dépendance du domaine public, la jurisprudence va devoir dire quelle conception elle retient. On peut penser que cela sera la seconde car sinon le juge sera obligé de décider que des biens qui concourent de façon importante à l'utilisation d'une dépendance du domaine public, comme, par exemple, des kiosques ou des chalets de commodité dans des parcs publics, n'appartiennent pas au domaine public faute de constituer un accessoire indissociable de ce parc. Mais, là encore, il faudra attendre que le juge se prononce pour savoir ce qu'il en est exactement.

Reste une question très liée aux précédentes qui est celle de l'avenir de la théorie jurisprudentielle dite de la domanialité publique globale. En effet, ainsi que l'écrit Yves Gaudemet (*Droit administratif des biens*, LGDJ, 12^e éd, 2002, p. 83), cette théorie « consiste dans le cas où les services en cause [c'est-à-dire les services auxquels les dépendances du domaine public sont affectées] sont exercés sur une emprise foncière déterminée, à ranger sous un même régime de domanialité publique l'ensemble des biens inclus dans cette emprise foncière y compris ceux qui ne sont pas ou pas encore affectés au service public ». Par conséquent, en vertu de la jurisprudence qui la prévoit, la domanialité publique globale constitue, au même titre que la règle de l'accessoire, une modalité d'incorporation dans le domaine public de biens qui, par eux-mêmes, ne remplissent pas les conditions pour lui appartenir. Dès lors, puisque désormais les modalités d'incorporation dans le domaine public résultent du code et que la domanialité publique globale n'en fait pas partie, la logique voudrait que, comme la théorie de la domanialité virtuelle, elle disparaisse. Disparition qui, ajoutée au resserrement de la règle

de l'accessoire, devrait avoir pour conséquence la multiplication des hypothèses dans lesquelles des biens appartenant à une même personne publique et situés en dessous ou au-dessus les uns des autres seront soumis à des régimes juridiques différents. Tel devrait être notamment le cas des constructions et installations réalisées par des occupants du domaine public dans le cadre d'activités purement privées dont l'administration accepte le maintien au terme de leur autorisation et qui deviennent sa propriété par voie d'accession puisque ne remplissant pas les conditions d'application de la règle de l'accessoire et ne pouvant plus appartenir au domaine public par application de la théorie de la domanialité publique globale, force est de décider que bien qu'implantées sur le domaine public, elles n'en font pas partie, tout au moins aussi longtemps qu'elles n'ont pas reçu une affectation à un service public moyennant des aménagements indispensables. Mais peut-être le juge considérera-t-il qu'un pareil enchevêtrement de biens soumis à des régimes différents risque d'être source de nombreuses difficultés et sera-t-il enclin, pour essayer de les éviter, à retenir une conception large de la notion d'affectation, consistant par exemple à raisonner, dans certains cas en termes de périmètre.

En réformant les règles qui régissent la consistance du domaine public immobilier, le code poursuivait notamment deux objectifs : améliorer l'accessibilité et la lisibilité de ces règles et réduire le champ d'application de la domanialité publique pour faire en sorte que seuls y soit soumis les biens pour lesquels cette soumission apparaît réellement nécessaire.

Le premier objectif est incontestablement atteint puisque désormais au lieu d'être éparpillées dans la jurisprudence et dans divers textes, ces règles sont toutes regroupées dans un seul et même code. A cet égard, la situation est beaucoup plus satisfaisante que celle qui existe en ce qui concerne les règles relatives aux utilisations privatives du domaine public, puisque en ce qui les concernent le code ne contient pour l'essentiel que les règles relatives aux autorisations d'occupation que l'on qualifiait avant le code d'autorisations constitutives de droit réel. Quant au second objectif, il faudra, me semble-t-il, attendre, pour savoir s'il est atteint, d'une part, que le juge dise quelles interprétations il retient d'un certain nombre de notions nouvelles contenues dans le code et, surtout, dans quelle mesure l'existence d'une définition légale de la consistance du domaine public a pour conséquence de remettre en cause les théories jurisprudentielles relatives à cette consistance, et, d'autre part, que la consistance de chacun des domaines publics spécifiques prévus par ce code ait été comparée de façon précise à celle qui était la leur avant le code. »

Source : Etienne FATÔME, *La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions*, AJDA, 2006, p. 1087

SEANCE D'OUVERTURE

Jean-Marc SAUVÉ



Vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion André Malraux), Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président de la Commission pour la transparence financière de la vie politique, président du conseil d'administration de l'ENA et président de l'Institut français des sciences administratives.

TABLE RONDE 1 : LA VALORISATION, PAR LES PERSONNES PUBLIQUES, DE LEUR DOMAINE

1. Problématique

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 au travers d'exemples pratiques, d'étudier les caractéristiques des contrats et leurs critères de qualification et de distinction. Cette approche, qui s'attache à mettre en valeur les potentialités comparées de valorisation économique de chaque contrat en faveur de la personne publique, permettra de poser la question de la constitution de droits réels sur le domaine public et la question du nécessaire respect des principes nationaux et européens de concurrence et de publicité.

2. Intervenants

Modérateur

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 assume successivement les fonctions suivantes : auditeur du Conseil d'État (1976), maître des Requêtes, 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, secrétaire général du Conseil d'État (1987-1991).

Michel Pinault a également été détaché, entre 1983 et 1987, dans les fonctions de conseiller juridique de l'Ambassadeur représentant permanent de la France auprès des Communautés européennes.

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 a exercé les fonctions de président de la 9^{ème} 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 avoir fait des études de gestion d'entreprise à l'université de Paris Dauphine, Hervé Barbaret intègre l'ENA (promotion 1993). 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...). En outre, il a 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 1er 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 postes 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 Professeur associé à l'université de Paris 1 et rapporteur général de la commission supérieure de codification

Michèle Raunet**Notaire**

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 notaire associée à l'étude Cheuvreux à Paris, en 2006 où depuis 1994 elle exerce 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-Eric Spitz**Directeur des affaires juridiques de la ville de Paris**

Agrégé de philosophie et ancien élève de l'ENA, Pierre Eric 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.

3. Textes et documents de référence

Partie I : Présentation historique des instruments juridiques : à la recherche de nouveaux outils correspondant à de nouveaux besoins

Présentation historique et chronologique de la création de nouveaux contrats correspondant aux nouveaux besoins des autorités publiques.

Les autorités publiques, afin de répondre à leurs besoins en matière de gestion, de construction, de rénovation ou d'entretien de leur propriétés publiques, ont, au cours des dernières années, eu recours à différents types d'instruments juridiques de commande publique, dont les caractéristiques et les potentialités économiques correspondent à l'évolution de leurs besoins.

En effet, de part les nouvelles exigences économiques auxquelles les autorités publiques sont soumises, le législateur ou la jurisprudence ont institués des nouveaux contrats de la commande publique permettant une implication accrue de l'État dans l'ordre économique.

Ainsi, les classiques autorisations ou conventions d'occupation domaniale, créatrices de droits réels ou non, portent sur la simple gestion du domaine. Les délégations de service public ont un objet plus fourni puisqu'elles permettent la gestion, par un partenaire privé, d'un service public, dans le respect de l'intérêt général. Les contrats de partenariat de l'ordonnance de 2004 entraînent de nouvelles perspectives économiques de la part des autorités publiques, en permettant la construction de bâtiments en partie financés par le partenaire privé de l'administration.

C'est dans cet esprit de classification chronologique, correspondant aux évolutions des besoins de l'État, que nous présenterons les caractéristiques et les potentialités de valorisation des contrats suivants : conventions d'occupation domaniale, délégations de service public et concessions, baux emphytéotiques administratifs, contrats de mobilier urbain et contrats de partenariat, tous susceptibles d'être utilisés par tout gestionnaire du domaine public dans le but de valoriser ses propriétés.

Introduction aux utilisations privatives du domaine public

« Les utilisations privatives du domaine public sont celles qui sont effectuées par des personnes

individuellement déterminées par un titre conféré par l'administration, ce titre leur donnant droit d'occuper d'une manière privative une portion du domaine public. Le droit pour l'administration de consentir à ces utilisations a parfois été discuté ; certains auteurs du XIXe siècle les considéraient comme contraires à l'affectation du domaine à l'usage de tous¹. Consacré par certains textes, ce droit n'a pourtant plus été discuté par la suite². L'administration l'a mis du reste de plus en plus fréquemment en œuvre pour permettre l'exécution sur le domaine de certains services publics ou activités d'intérêt général ou parfois pour pouvoir tirer du domaine des avantages financiers. (...)

Le régime des utilisations privatives combine une série de principes généraux avec un grand nombre de règles spéciales intéressant tel ou tel type de dépendances domaniales ou tel ou tel type d'occupation privative. La plupart de ces principes et règles (du moins, dans l'état actuel du code, ceux qui sont de niveau législatif) se trouve maintenant réunis dans le CGPPP, qu'il s'agisse de principes généraux (art. L. 2121-1 et s. du code général de la propriété des personnes publiques), ou de règles spéciales intéressant » [les domaines publics spécifiques (art. L. 2124-1 à L. 2124-32 du même code)].

Les principes communs aux utilisations privatives

La nécessité d'un titre particulier. Les utilisations privatives ne sont d'abord pas soumises à un régime de liberté. Le fait qu'elles ne sont pas conformes à l'affectation – au moins l'affectation principale – du domaine et leur caractère privatif justifient qu'elles soient subordonnées à une autorisation. Elles nécessitent dans tous les cas un titre administratif ; l'occupation sans titre constitue un fait illicite que l'administration doit réprimer et auquel elle doit mettre fin. L'article L. 2122-1 du CGPPP traduit ces principes de la manière suivante : « *Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public (...) ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous* ».

Le fait qu'elles consistent dans l'occupation privative d'une parcelle du domaine par des personnes déterminées réduit corrélativement l'application à elles du principe d'égalité. Celui-ci n'a plus, comme dans le régime des utilisations communes, pour

¹ Certaines solutions jurisprudentielles se rattachaient à cette conception (par ex. l'illégalité des locations de plages : CE 19 mars 1858, Vernes, Rec. CE 599).

² La loi du 20 déc. 1872 a prévu pour la première fois des redevances pour occupation du domaine public maritime. La loi du 20 juillet 1881 a prévu des redevances pour occupation du domaine public fluvial maritime et terrestre.

conséquence le droit pour tous d'utiliser la parcelle domaniale. Son impact ne concerne plus que les règlements administratifs concernant l'octroi des autorisations d'occupation, qui doivent naturellement traiter également les candidats à l'utilisation, sauf différences de situation entre eux.

La compatibilité avec l'affectation du domaine

L'utilisation privative doit être, sinon conforme à l'affectation de la dépendance domaniale, au moins compatible avec elle (les articles L. 2121-1 et s. du CGPPP se réfèrent successivement aux deux principes, sans être clairs sur leurs champs d'application respectifs).

Les occupations privatives ne peuvent être autorisées que si elles se concilient avec, « les usages conformes à la destination du domaine que le public est normalement en droit d'y exercer³ ». Elles doivent également se concilier avec l'obligation qu'a l'administration d'assurer la conservation de son domaine public⁴. »

Le caractère précaire

Ainsi que l'indique aujourd'hui l'article L. 2122-3 du CGPPP, les autorisations d'utilisation privative du domaine ont un caractère « précaire et révocable ». Il s'agit d'un principe ancien, d'où il découle que l'administration peut mettre fin à tout moment à l'occupation, par décision unilatérale, en l'absence même d'une faute de l'occupant, pour un motif général quelconque. (...)

Le caractère onéreux de l'utilisation

Le principe de gratuité, qui (...) régit les utilisations collectives du domaine, ne s'étant aucunement aux utilisations privatives. Celle-ci sont régies par un principe inverse qu'exprime aujourd'hui l'article L. 2125-1 du CGPPP : « toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance. ».

Le principe est assorti par le CGPPP de trois exceptions. L'utilisation peut être gratuite « 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 » ainsi que « lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même » (art. L. 2125-1 toujours). Par ailleurs, « les communes ou leurs groupements qui gèrent eux-mêmes leur service d'eau potable ou d'assainissement sont exonérés de toute redevance

qui serait due en raison de l'occupation du domaine public de l'État par leurs canalisations ou leurs réservoirs » (art. L. 2125-2).

Nature et régime juridique des redevances

La nature juridique de la redevance avait été jadis controversée. Si les redevances perçues par les communes étaient considérées depuis longtemps comme des taxes indirectes, celles perçues par l'État étaient parfois regardées comme le prix d'un loyer.

Le Conseil d'État a abandonné cette analyse. Il a considéré que les litiges concernant les redevances relevaient du juge administratif, s'agissant d'opération de puissance publique⁵. Cette solution signifie que, dans l'esprit du juge, elles ne sont ni des taxes ni des redevances pour services rendus.

Les articles L. 2125-3 et suivants du CGPPP posent un certain nombre de règles générales concernant les redevances. En particulier celle selon laquelle « 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 » : son calcul doit donc, en particulier, tenir compte des avantages économiques que l'occupant retire de l'usage du domaine, et non pas seulement de la surface occupée⁶.

L'article L. 2125-4, quant à lui, pose en principe que la redevance « est payable d'avance et annuellement ».

La redevance est en principe attribuée à la personne publique propriétaire de la dépendance domaniale sur laquelle l'autorisation est accordée.

Dans le cas des permis de stationnement, la redevance revient à la personne publique dont dépend l'autorité qui a délivré le permis – qui n'est, comme on le verra, pas nécessairement la personne publique propriétaire-.

La redevance doit en principe donner lieu à l'établissement d'un tarif général établi par la collectivité publique bénéficiaire⁷. Pour le domaine des collectivités locales, le tarif est voté par l'assemblée de la collectivité ; cependant, pour certaines occupations (canalisation de gaz ou d'électricité), les autorités locales sont liées par des textes.

En dehors des redevances, l'autorité qui délivre une permission de voirie, notamment pour l'exécution de travaux sur la voie publique, peut exiger le remboursement des frais entraînés par les travaux.

³ CE 3 mai 1963, Commune de St Brévin-les-Pins, Rec. CE 259, RD publ. 1965.1117, note Waline.

⁴ TA Paris, 30 juin 1994, Association Défense des Tuileries, Petites affiches, 7 avr. 1994.

⁵ CE 22 déc. 1989, Chambre de commerce du Var.

⁶ CE 21 mars 2003, SIPPAREC.

⁷ CE 22 mai 1929, Société de construction d'embranchements industriels.

Le caractère personnel et incessible des titres d'occupations

Les titres d'occupations privatives du domaine constituent en principe des titres personnels qui ne peuvent être cédés ou transmis même avec l'accord de l'administration.

La jurisprudence a admis parfois cependant qu'une autorisation, se rattachant à une entreprise industrielle ou commerciale, passait de plein droit à l'acquéreur de l'entreprise⁸.

Par ailleurs, les textes qui ont, dans la période récente, autorisés la constitution de droits réels au profit des occupants du domaine, ont admis, à certaines conditions, la cession de ces droits.

Source : Droit administratif des biens, par J-M Auby, P. Bon, J-B Auby et P. Terneyre, ed Dalloz, p. 117 à 121.

I. Les autorisations d'occupation temporaire et conventions d'occupation temporaire

A. L'occupation sans titre du domaine public

« (...) L'utilisation privative suppose nécessairement un titre juridique conféré par l'administration, permission de voirie, ou contrat comportant occupation du domaine public.

L'occupant sans titre est d'abord celui qui n'a jamais bénéficié d'une autorisation ou d'un contrat d'occupation. Le juge administratif ne peut se substituer à l'administration pour conférer à l'occupant qui n'a bénéficié d'aucune permission ou contrat un droit au maintien dans les lieux⁹.

Est également occupant sans titre celui dont l'occupation a donné lieu à un titre qui, pour une raison quelconque, est expiré¹⁰. Il en va ainsi même si l'administration a toléré son maintien dans les lieux¹¹, ou lui a donné des assurances d'établissement d'un nouveau titre¹².

L'occupation sans titre constitue une situation illicite à laquelle il doit être mis fin sans que l'intéressé puisse prétendre à une indemnité¹³. L'administration a l'obligation de mettre fin à l'occupation sans titre¹⁴. Cependant, tant que

l'occupation se poursuit, l'occupant doit acquitter les redevances prévues par les textes¹⁵. »

Source : *Droit administratif des biens* par J-M Auby, P. Bon, J-B Auby et P. Terneyre, ed Dalloz, p. 144

B. Base légale

Art. L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques :

« 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 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. »

C. Nature et définition des conventions d'occupation domaniales

« La plupart des actes de gestion (locations...) ou de disposition relatifs au domaine privé des collectivités (ventes en l'état futur d'achèvement, cessions...) empruntent la forme du contrat de droit privé.

Dans la gestion de leur domaine public, les collectivités publiques recourent en revanche à l'ensemble des prérogatives reconnues à la puissance publique, notamment aux règlements de police et aux contraventions de grande voirie. Les conditions d'occupation du domaine public sont quant à elles fixées indifféremment dans des actes unilatéraux ou des contrats. Elles faisaient plutôt appel jusqu'à un passé récent à des actes unilatéraux, autorisations d'occupation du domaine public essentiellement¹⁶. En effet, l'inaliénabilité du domaine a longtemps été considérée comme interdisant la constitution de droits réels sur celui-ci¹⁷. En découle le caractère précaire des droits de

¹⁵ Cass. civ. 21 janv. 1992, *Port autonome de la Guadeloupe*.

¹⁶ Il en va ainsi par exemple pour les titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences dédiées à la téléphonie mobile de troisième génération délivrées par l'autorité de régulation des télécommunications (ART), devenue l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Délivrées pour une durée de vingt ans, ces autorisations comportent une série de conditions fixées dans un cahier des charges annexé à l'autorisation (article 36 de la loi de finances pour 2001) et emportent le paiement d'une redevance pour occupation privative du domaine public de l'État.

¹⁷ Dans l'arrêt *Eurolat*, le Conseil d'État a affirmé « l'incompatibilité avec les principes de la domanialité publique » de clauses de conventions qui comportaient l'attribution, par un bail emphytéotique, de droits réels sur le domaine public (6 mai

⁸ CE 22 oct. 1937, *Gerzenberg*

⁹ CE 9 févr. 1956, *Commune de Saint-Pierre*, Rec. CE 94.

¹⁰ C'est le cas, par ex. du fonctionnaire disposant dans un immeuble du domaine public, d'une concession de logement. Lorsque prennent fin ses fonctions, il n'y a plus de titre lui permettant de rester dans les lieux (CE 7 déc. 1985, Min. de la culture ; 18 mai 1984, M^{me} Laulaney).

¹¹ CE 19 mars 1945, *Société des Sablières de la Seine*.

¹² CE 18 avr. 1944, *Consorts Haramboure*.

¹³ CE 22 févr. 1961, *Société fabriques françaises Honnorat*.

¹⁴ CE 11 mars 1984, *M. et Mme Arribey*.

l'occupant du domaine public qui est susceptible d'en être expulsé à tout moment, sans délai. Mais ces conditions d'occupation sont de plus en plus souvent fixées dans des actes contractuels (baux emphytéotiques administratifs, conventions d'occupation du domaine public...). [...]

Les conventions d'occupation du domaine public consenties par les collectivités publiques ou leurs concessionnaires sont des contrats administratifs par nature.

Comme telles, elles sont soustraites aux règles de droit privé issues notamment de la législation sur les baux commerciaux ou les baux à ferme et aux servitudes du code civil. Le décret-loi du 17 juin 1938 attribue leur contentieux à la juridiction administrative.

Le recours au contrat permet de mieux mettre en valeur la propriété publique et d'associer le propriétaire public à la performance économique de l'occupant, mais aussi de transformer une autorisation par nature précaire et révocable à tout moment dans l'intérêt public en occupation stable et garantie, c'est-à-dire de conforter les droits de l'occupant ayant besoin de visibilité pour déployer son activité économique. La reconnaissance de droits réels au profit de l'occupant domanial découle de la 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 et a été renforcée par le code général de la propriété des personnes publiques. L'acte relatif à l'occupation du domaine public s'insère parfois lui-même dans un rapport contractuel plus large. Ainsi l'article L. 224-2 paragraphe II du code de l'aviation civile prévoit que la société Aéroports de Paris (ADP) et tout exploitant d'aérodrome civil appartenant à l'État concluent avec ce dernier un contrat pluriannuel d'une durée maximale de cinq ans. Ce contrat détermine les conditions d'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, en tenant compte notamment des prévisions de coûts, de recettes, d'investissements ainsi que d'objectifs de qualité des services rendus par l'exploitant. Ce contrat, qui précise l'évolution du montant de la redevance d'occupation du domaine, s'incorpore lui-même au contrat de concession d'aérodrome conclu par l'État. »

Source : Conseil d'État, Rapport public 2008, le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Editions Etudes et Documents du Conseil d'État, pp. 21 à 23

II. Délégation de service public, concession et affermage

« La délégation de service public (DSP) est une notion récente en droit administratif, consacrée par les lois n° 92-125 des 6 février 1992 d'orientation relative à l'administration territoriale de la République¹⁸ et n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Apparue en jurisprudence à la fin des années 1980 et au début des années 1990, elle correspondait à une pratique antérieure, celle de la gestion déléguée, qui regroupait différentes formes de délégation à un tiers de la gestion d'un service public : la concession, l'affermage, la régie et la gérance.

A. La délégation de service public se définit aujourd'hui comme le contrat par lequel une personne publique confie à une personne publique ou privée la gestion d'un ouvrage ou d'un service public administratif ou industriel et commercial, la rémunération du délégataire étant substantiellement assurée par l'exploitation.

Les lois des 6 février 1992 et 29 janvier 1993, dans leur rédaction résultant de la loi du 11 décembre 2001, ont repris à leur compte la définition jurisprudentielle de la DSP, en précisant que la rémunération du délégataire « est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Cette rémunération peut donc provenir d'autres sources que l'usager du service ou de l'ouvrage, par exemple de tiers ou de recettes accessoires. La jurisprudence a interprété cette condition légale : si la rémunération est assurée par le paiement d'un prix¹⁹ et ne l'est pas substantiellement par les résultats de l'exploitation²⁰, la qualification de DSP est refusée (CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, rec. p. 137, *AJDA*, 1996, p. 729, chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot, *RFDA*, 1996, p. 715, concl. Ch. Chantepy, note P. Terneyre). La jurisprudence exige donc que le délégataire assume au moins partiellement le risque de l'exploitation, la jurisprudence communautaire sur le transfert du risque économique paraissant aller légèrement plus loin que les termes de la loi du 29 janvier 1993 interprétée par la jurisprudence (cf. 13.3.1).

Si la doctrine a parfois reproché à la jurisprudence le caractère flou de cette définition et donc du seuil entre marché public et DSP, la jurisprudence n'est pas encore très abondante sur la notion de transfert du risque d'exploitation entre autorité délégante et

1985, *Association Eurolat et Crédit foncier de France*, rec. p. 141, *RFDA*, 1986, p. 21, concl. B. Genevois, *AJDA*, 1985, p. 620, note J. Moreau et E. Fatôme).

¹⁸ Cette loi utilise trois notions différentes : convention de délégation de service public, convention de gestion déléguée et contrat de service public.

¹⁹ CE, 7 avril 1999, *Commune de Guikherand-Granges*

²⁰ CE, 30 juin 1999, *SMITOM*

déléataire et la définition légale de la DSP laisse une grande souplesse d'interprétation et une marge d'appréciation au juge. Ayant pour objet d'associer le cocontractant au service public, la DSP se différencie radicalement de l'acte d'achat qui constitue le marché public. Elle exige un support contractuel et exclut en principe toute délégation par acte unilatéral. L'affermage, la régie intéressée et la gérance constituent des modes de gestion dont les appellations, antérieures aux lois de décentralisation, ne correspondent plus aujourd'hui – si elles y ont jamais correspondu – à des catégories juridiques spécifiques. L'affermage se différencie de la concession sur deux points : le fermier ne réalise pas les installations, qui sont à la charge de la collectivité, mais peut être chargé de les étendre; et, tout en supportant le risque économique de l'exploitation, il reverse une redevance fixe à la collectivité. Dans la régie intéressée, le régisseur gère le service pour le compte de la collectivité en qualité de mandataire et perçoit de celle-ci une rémunération indexée sur les résultats de l'exploitation. Affermage et régie intéressée relèvent donc de la DSP lorsque la rémunération du fermier ou du régisseur est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Le gérant percevant pour sa part une rémunération forfaitaire, éventuellement assortie d'un intéressement aux résultats, et ne supportant pas le risque d'exploitation, la gérance ne constitue pas une DSP mais un marché de prestation de service ou un contrat de mandat.

Au XVIII^e siècle, la concession fut utilisée pour permettre le creusement du canal du Midi. Elle connaît son apogée au XIX^e siècle, époque où elle a été considérée comme le mode le plus approprié pour faire réaliser aux risques et périls d'entrepreneurs privés, sous certaines réserves classiques (imprévision, fait du prince...), les grandes infrastructures nationales (transport ferroviaire, réseaux de communications et énergie) mais aussi pour exploiter les services publics locaux de proximité (distribution de l'eau, de l'électricité ou du gaz, éclairage public, transport urbain, halles, foires et marchés). Elle reste très employée au XX^e siècle, notamment pour la réalisation de grandes infrastructures (autoroutes, tunnels, ports et aéroports, stades, parkings...) ou la gestion de nouveaux services (enlèvement et traitement des déchets...) : « La concession connaît un grand succès en Europe, notamment dans les pays latins et dans la France de l'avant deuxième guerre mondiale, elle est célébrée pour, sa souplesse ».

La concession se définit comme le contrat par lequel une collectivité confie à une personne privée, à ses risques et périls, l'exécution d'un ouvrage public ou d'un service public en l'autorisant à percevoir une redevance sur les usagers de l'ouvrage ou du service ou plus exactement depuis 1996 à se rémunérer par

l'exploitation du service. Le financement par l'utilisateur – ou en toute rigueur l'exploitation du service – étant essentiel pour caractériser la concession, un contrat qui n'en prévoit pas ne peut jamais être qualifié de concession (11 décembre 1963, Ville de Colombes, rec. p. 62). Mais le contrat de concession comporte bien d'autres caractéristiques : il est généralement conclu pour une durée très longue, afin de permettre l'amortissement de son investissement par l'exploitant ; les biens indispensables à l'exploitation reviennent gratuitement au concédant en fin de concession de manière à assurer la continuité du service ; la concession comporte des obligations de service public à la charge du concessionnaire qui peuvent entraîner le versement de compensations par le concédant ; et ce dernier dispose d'un pouvoir de contrôle et de sanction à l'égard du concessionnaire de manière à pouvoir adapter le service rendu dans la durée (cf. 7.1.2). Le régime juridique de la concession comporte également quelques règles spécifiques, dégagées par la jurisprudence, en ce qui concerne la résiliation du contrat : sauf stipulation contraire, la résiliation unilatérale est impossible ; la déchéance prononcée par l'autorité concédante peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par le concessionnaire (cf. 7.1.2.1) ; cette déchéance s'accompagne d'un remboursement au concessionnaire de la valeur nette des investissements.

Il est très difficile d'obtenir des statistiques globales et fiables sur le sujet. Si l'Institut de gestion déléguée cherche actuellement à élaborer un panorama chiffré des DSP, il constatait en 2005 qu'il n'existait pas « de données permettant de quantifier la part de la gestion déléguée dans la gestion des services publics et a fortiori son évolution ». Un des rares domaines documentés est celui de l'eau. En 2004, les opérateurs privés titulaires d'une DSP ont réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 4,6 milliards d'euros dans le domaine de l'eau et de l'assainissement. En moyenne, de 8 à 10 % de ces contrats donnent lieu chaque année à un changement d'opérateur. Dans 96 % des cas, l'appel d'offres a conduit en 2007, selon le BIPE, au maintien de l'opérateur en place ; dans 3 % des cas au passage de la régie à la délégation et dans 1 % des cas de la délégation à la régie. La durée moyenne des contrats signés en 2004 a été de 11,3 ans. En nombre, seul un tiers (9 000 sur 29 000 en 2004) des services de distribution d'eau et d'assainissement des eaux usées fait l'objet d'une DSP. Mais près des trois quarts des Français sont alimentés en eau par des services de distribution gérés par des entreprises. »

Source : Conseil d'État, rapport public 2008, considérations générales, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes

B. Distinction entre concession et affermage

« **Principe.** L'unique critère de distinction entre la concession et l'affermage réside dans la réalisation des investissements. Le concessionnaire assurant le financement et la réalisation du service alors que le fermier exploite un service public existant.

Le juge administratif a déjà eu l'occasion d'affirmer que la concession et l'affermage sont deux contrats distincts (CE, 6 janv. 1971, n° 77847, Sté Gaz et Eaux). La Haute juridiction a également procédé à la requalification d'un contrat de concession en affermage en fondant sa décision sur le seul critère de l'absence d'investissement initial (CE, 29 avr. 1987, n° 51022, Cne d'Elancourt).

Toutefois, la consécration de la catégorie unique des délégations de service public (v. n° 6) a fait disparaître l'utilité de la distinction. »

Débat doctrinal. « La doctrine retient généralement la typologie des concessions suivante :

- concession de travaux sans service public. Cette hypothèse reste assez isolée mais peut se rencontrer par exemple dans les concessions de force hydraulique (CE, 22 juin 1928, De Sigalas, CE, avis, 28 sept. 1995, n° 357262, Min. de l'Industrie) ;
- concession de travaux et de service public ;
- concession de service public.

La distinction entre la concession de service public et l'affermage est donc incertaine puisque aucun investissement n'est réalisé dans ces deux types de contrats.

Responsabilité du concessionnaire ou du fermier.

Les titulaires de contrats de concession et d'affermage ne supportent pas la même responsabilité. En effet, en matière de dommages causés par un ouvrage public, la répartition des responsabilités entre personne publique et entrepreneurs privés dépend principalement des rapports contractuels entre ces intervenants. Le Conseil d'État s'est récemment penché sur les obligations découlant d'un contrat d'affermage, établissant une distinction entre ce type de délégation de service public et la concession. Il s'agissait de déterminer la part de responsabilité d'un groupement de communes et d'une entreprise délégataire du service public d'assainissement dans les inondations répétées subies par un établissement commercial. Les juges rappellent que,

dans le cadre de l'affermage, la délégation est limitée à la seule exploitation de l'ouvrage. Le titulaire ne peut donc être rendu responsable (sauf stipulations contractuelles contraires) que des dommages imputables au fonctionnement de l'ouvrage. Ceux résultant de dommages imputables à l'existence, à la nature et au dimensionnement de ce même ouvrage relèvent de la personne publique délégante.

Pour la concession, en revanche, la délégation porte à la fois sur la construction et le fonctionnement de l'ouvrage et la collectivité est souvent dégagée de toute charge financière d'investissement. Seule la responsabilité du concessionnaire (sauf insolvabilité de ce dernier) peut être recherchée, que les dommages soient imputables à l'existence ou au fonctionnement de cet ouvrage.

Au terme de ce raisonnement, le Conseil d'État casse l'arrêt de la cour d'appel pour erreur de droit, considérant que la responsabilité du groupement de communes ne pouvait être écartée au seul motif que le délégataire était chargé de l'entretien des canalisations par un contrat d'affermage. Au fond, la part de responsabilité du délégant est fixée à 50 %, le dommage trouvant son origine à la fois dans la construction de l'ouvrage (sous-dimensionnement du réseau d'évacuation des eaux pluviales) et dans le défaut d'entretien de celui-ci. (CE, 26 nov. 2007, n° 279302, Migliore). »

Difficultés pratiques. « Certes, la concession de travaux et de service public est facilement identifiable tout comme l'affermage lorsqu'il ne comporte strictement aucuns travaux. Mais en pratique, lorsqu'une délégation de service public porte sur un service existant il est rare qu'aucun investissement ne soit mis à la charge du délégataire (renouvellement, extension, mise aux normes, etc.).

Dès lors la frontière entre la concession et l'affermage devient subjective puisqu'elle devra se fonder sur l'importance des investissements demandés au regard du service délégué. Le Conseil d'État a même déjà eu l'occasion d'affirmer qu'un affermage pouvait devenir une concession à l'occasion d'un avenant (CE, 6 mai 1991, n° 65846, Synd. intercommunal du Bocage). »

Source : Editions législatives

Exemple pratique :**la qualification de convention d'occupation domaniale au regard de « l'affaire Jean Bouin »**

CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et n° 338527, *Ville Paris et Assoc. Paris Jean Bouin* (extrait)

(...)

« que les stipulations du préambule du titre III et de l'annexe 6 de la convention du 11 août 2004, relatives au programme indicatif d'investissements envisagé par l'association Paris Jean Bouin sur les sites concédés pour ses besoins propres et à ses frais, lui laissaient toute latitude en ce qui concerne la nature et la programmation des investissements au regard de l'état des dépendances domaniales concédées et répondaient au besoin de conservation de ces dépendances, notamment du site du stade Jean Bouin ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 4.1 de la convention : En contrepartie de la mise à disposition des biens concédés décrits dans le présent contrat, l'occupant s'acquittera d'une redevance. ; que, si cette redevance comprenait une part fixe annuelle de 50 000 euros actualisée chaque année, elle était constituée également à compter du 1er janvier 2008 d'une part variable assise sur une partie du chiffre d'affaires réalisé par l'occupant ; que cette redevance a été déterminée conformément aux modalités de calcul des redevances d'occupation domaniale ;

Considérant que la cour ne pouvait ainsi déduire des éléments qu'elle a relevés qu'eu égard au montant des investissements, la ville faisait peser sur son cocontractant une obligation de service public et qu'en raison de son faible montant, la redevance d'occupation domaniale versée par l'association était la contrepartie d'une telle obligation ;

Considérant, en quatrième lieu, que la cour a mentionné les stipulations de l'article 4.2 de la convention du 11 août 2004 selon lesquelles : En outre, en cas de déséquilibre financier des comptes d'exploitation de l'occupant, les parties conviennent de se rencontrer afin d'étudier les mesures propres à assurer la pérennité de l'association Paris Jean Bouin CASG, la continuité des activités sportives et la préservation des biens concédés ; qu'elle en a déduit que cette clause confortait son analyse selon laquelle la ville n'avait pas eu pour seul objectif de rentabiliser ou valoriser son patrimoine ou d'en assurer la sauvegarde moyennant une redevance versée par l'occupant en contrepartie de son exploitation libre et privée mais avait voulu confier à celui-ci la gestion sous son pilotage d'un grand complexe sportif ; que, cependant, ces stipulations visent à garantir la meilleure utilisation du domaine tout en restant compatible avec son objet relatif à l'accueil d'activités sportives ; qu'elles ne caractérisent pas ainsi un droit de regard de la personne publique sur l'activité exercée par l'association et ne révèlent pas davantage l'organisation par cette personne publique d'une mission de service public ;

Considérant, en cinquième lieu, que si le juge peut prendre en compte des éléments extérieurs au contrat et de nature à éclairer la commune intention des parties, ces éléments ne doivent être dépourvus de toute pertinence pour apprécier cette commune intention ; que, dès lors et d'une part, la cour ne pouvait, sans erreur de droit, se fonder sur la lettre adressée le 21 janvier 2004 par le maire de Paris au président de l'association Paris Jean Bouin par laquelle, à la suite d'un différend entre l'occupant et le Stade Français, il s'est borné à charger les services de la ville d'élaborer une convention de bon usage afin de préciser les obligations respectives des parties pour la suite de la saison sportive qui a pris fin avant la conclusion de la convention ; que, d'autre part, la cour ne pouvait prendre en compte les conventions annuelles d'objectifs conclues, en application de la loi du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives et des décrets pris pour son application, entre 2001 à 2006 entre la ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin, qui ont pour seul objet l'octroi de subventions annuelles ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour ne pouvait se fonder sur l'ensemble des éléments qu'elle a relevés et qui, s'ils concernent des activités d'intérêt général, ne se traduisent pas par un contrôle permettant de caractériser la volonté de la ville d'ériger ces activités en mission de service public, pour en déduire l'existence d'une telle mission dont la gestion aurait été confiée à l'association ; »

Retour sur les problématiques de qualification juridique soulevées par la décision Jean Bouin

« Édifié dans le cadre d'une concession conclue en 1925 par la ville de Paris avec le Club athlétique des sports généraux (CASG), devenu en 2003 l'association Paris-Jean Bouin, le stade Jean Bouin a donné lieu, depuis cette date, à une succession de contrats et sous-contrats qui, au gré des échéances contractuelles et en dépit des évolutions du site et de la présence à géométrie variable de l'État, se caractérisent par une très grande continuité. Continuité, d'abord, du dispositif contractuel. Depuis l'origine en effet, le stade Jean Bouin est exploité dans le cadre d'un contrat de concession qui, au fil du temps, a pris la forme d'une simple convention d'occupation du domaine public municipal, l'occupant supportant l'intégralité du risque d'exploitation, sans garantie de recettes de la part du concédant, et versant à ce dernier une redevance comprenant une part fixe et une part variable, assise sur une partie du chiffre d'affaires réalisé. Continuité du titulaire du titre d'occupation ensuite, puisque nul autre opérateur que l'association Paris-Jean Bouin n'a, depuis 1925, exploité le stade, qui forme aujourd'hui un ensemble immobilier comprenant, outre le stade proprement dit, construit sur une parcelle initiale de 57 530 m² dans le XVI^e arrondissement, une parcelle de 4 300 m² dans le Bois de Boulogne, sur laquelle ont été construits 21 courts de tennis et divers bâtiments à usage de bureaux, sport et restauration.

La dernière convention, conclue le 31 juillet 1990, arrivant à expiration le 31 décembre 2004, le Conseil de Paris a, par délibération des 5 et 6 juillet 2004, autorisé le maire de Paris à signer avec l'association Paris-Jean Bouin une nouvelle convention pour une durée de 20 ans.

Or, dès 2003, la société Paris-Tennis, qui exploite plusieurs terrains de tennis à Paris, avait manifesté auprès des autorités municipales compétentes, son intérêt pour l'exploitation du stade Jean Bouin. Après avoir, le 11 août 2004, signé la nouvelle convention, le maire de Paris a, en octobre 2004, adressé à la société « Paris Tennis » une lettre formalisant le rejet de sa demande tendant à se voir attribuer la concession.

La société Paris-Tennis décida alors d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre la décision du maire de signer le contrat et contre la décision par laquelle ce dernier l'informait de ce que sa candidature à l'attribution de la concession du stade Jean Bouin ne pouvait plus être prise en considération. Au fil de péripéties contentieuses sur lesquelles il est inutile, dans le cadre de la présente note, d'y revenir²¹, la cour administrative d'appel de Paris a, dans un arrêt de formation plénière du 25 mars 2010²², par ailleurs solidement argumenté, confirmé que, selon elle, la concession du 11 août 2004 devait être requalifiée en délégation de service public. Cette question, cruciale pour la suite du litige, avait en effet donné lieu, à la faveur d'un contentieux sur la suspension du jugement de première instance²³, à une première série de décisions contradictoires entre la cour de Paris et le Conseil d'état. (...)

L'improbable délégation de service public

Il résulte du premier alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales qu'« une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». De cette définition, tirée de la jurisprudence du Conseil d'État, il a longtemps été déduit un critère dominant d'identification des délégations de service public, cristallisé autour du mode de rémunération du cocontractant de l'administration et, plus particulièrement, du risque d'exploitation endossé, ou non, par ce dernier.

Ce critère ne rend pourtant pas compte, à lui seul, de l'hétérogénéité des éléments composant la délégation de service public. L'objet du contrat, c'est-à-dire la dévolution effective d'un service public à un tiers en constitue, à l'évidence, le critère premier. L'analyse de la contrepartie financière n'est, en quelque sorte, que la conséquence économique d'une réalité juridique préacquisse. Le critère financier ne soulevait d'ailleurs, en l'espèce, aucune difficulté particulière, chacun s'accordant sur le fait que l'association concessionnaire supportait bien un risque d'exploitation.

²¹ V. not. les arrêts rendus sur les demandes de récusation formées devant le Conseil d'État par le requérant, CE 26 nov. 2010, S^{te} Paris-Tennis : JCP Adm. 2010. Act. 922..

²² CAA Paris, 25 mars 2010, Assoc. Paris-Jean Bouin et Ville de Paris : Dr. adm. 2010, comm. n° 93, note F. Brenet ; Contrats Marchés publ. 2010, comm. n° 189, note G. Eckert ; AJDA 2010. 774, note F. Lelièvre.

²³ TA Paris, 31 mars 2009, S^{te} Paris-Tennis : Contrats Marchés publ. 2009, comm. n° 203, note G. Eckert ; AJDA 2009. 1149, note J.-D. Dreyfus.

Dès lors que la délégation de service public a pour objet la dévolution, totale ou partielle de l'exploitation d'un service public à un tiers, c'est-à-dire sa gestion directe, sont exclus de cette catégorie les contrats qui, comme les marchés publics, ne font pas participer le cocontractant à l'exploitation du service public, mais ont simplement pour but de fournir à l'administration les moyens d'exécuter le service public. Sont également exclus les contrats qui se bornent à habiliter un cocontractant à participer à l'exécution d'une mission de service public, sans pour autant lui déléguer une mission de service public. C'est le cas, en particulier, des conventions domaniales, qui ont pour objet d'autoriser une personne, publique ou privée, à occuper le domaine public, afin d'y exercer, en contrepartie du paiement d'une redevance, une activité commerciale, cette activité pouvant par ailleurs contribuer à la bonne exécution, par l'entité qui en est chargée, du service public.

L'affaire *Jean Bouin* s'inscrivait, au moins pour partie, dans le cadre de cette dialectique entre délégation de service public et conventions domaniales. Or, sur ce point, le Conseil d'État a cru devoir conjuguer, de manière un peu surprenante, artifice dans la méthode de révélation du service public et inflexion dans la mise en oeuvre de ses critères traditionnels.

Artifice

Il ne peut y avoir délégation de service public que si le contrat à qualifier traduit l'existence d'une mission de service public dont l'autorité publique aurait entendu confier la gestion à un tiers. Au cas d'espèce, la question se posait donc de savoir si la gestion, par l'association Paris - Jean Bouin, de l'ensemble immobilier formant le stade Jean Bouin pouvait être considérée comme une mission de service public.

Or, l'identification d'une mission de service public demeure un exercice périlleux, qui s'appuie, notamment, sur le régime juridique auquel une activité d'intérêt général est soumise. Plus précisément, pour qu'une activité d'intérêt général prise en charge par une personne privée puisse se voir érigée en activité de service public, il faut en principe qu'elle se trouve soumise, au moins pour partie, à un régime exorbitant du droit privé, cette exorbitance révélant la volonté de la personne publique de faire de l'activité à qualifier une activité de service public.

La soumission de l'activité à un régime exorbitant du droit privé s'est longtemps traduite, sous réserves de quelques nuances²⁴, par l'octroi, à la personne privée, de prérogatives de puissance publique²⁵. Cette approche a toutefois été progressivement battue en brèche par le Conseil d'État qui, dans un important arrêt de section du 22 février 2007, a entendu diversifier les voies de consécration du service public, en jugeant « que, même en l'absence de [...] prérogatives [de puissance publique], une personne privée doit [...] être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission »²⁶. En d'autres termes, dans le silence de la loi, il convient de distinguer deux hypothèses d'identification du service public géré par une personne privée. Soit, de manière classique, cette dernière assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et dispose, pour ce faire, de prérogatives de puissance publique. Soit, en l'absence de telles prérogatives et dans le silence de la loi, il faut déterminer si la personne publique a eu la volonté de lui confier une telle mission, cette volonté se déterminant grâce à un faisceau d'indices composé de quatre éléments : intérêt général de l'activité, conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, obligations imposées et mesures prises pour vérifier que les objectifs assignés sont atteints.

Dans l'affaire *Jean Bouin* l'association ne disposant d'aucune prérogative de puissance publique, il revenait au juge d'appliquer cette méthode téléologique consistant à révéler, à travers un faisceau d'indices, la volonté de la personne publique. Or, de manière à la fois artificielle et contestable, le Conseil d'État a entendu s'écarter de cette méthodologie « réaliste » ou « volontariste », pour privilégier une méthode centrée sur la « commune intention des parties », c'est-à-dire, à titre principal, sur les stipulations du contrat.

Ce faisant, l'arrêt *Jean Bouin* opère une césure entre l'identification du service public lié à la qualification d'un contrat et l'identification du service public délié de cette problématique. Dans le premier cas, le juge doit s'en tenir à la « commune intention » des parties et puiser, à titre principal dans le contrat, les éléments permettant de révéler le service public. À l'inverse, dans le second cas, il est libre du choix des critères,

²⁴ V. par ex. CE 20 juill. 1990, *Ville de Melun et Assoc. « Melun Culture Loisirs »* : Lebon 220.

²⁵ CE, sect., 28 juin 1963, *Narcy* : Lebon 401.

²⁶ CE 22 févr. 2007, *APREI* : JCP Adm., 2007.

puisqu'il n'est pas, dans ce cas, tenu par le cadre contractuel.

Artificielle dans ses effets et aléatoire dans sa mise en oeuvre, la méthode promue par le Conseil d'État est éminemment contestable dans ses fondements. Le fait que le litige porte, en l'espèce, sur l'identification d'une convention de délégation de service public et non sur l'identification « décontractualisée » du service public ne devrait, en principe, être d'aucun effet. Dans les deux cas, il s'agit de savoir, à l'aide d'un faisceau d'indices, si une personne publique a entendu ériger une activité d'intérêt général prise en charge par une personne privée en activité de service public. Une fois cette étape préalable franchie, peuvent, lorsque la question de la qualification d'un contrat est posée, être mis en oeuvre les autres critères de la délégation de service public : réalité de la dévolution et mode de rémunération notamment.

Il ne peut donc, au stade initial, exister aucune différence de nature entre les critères d'identification du service public lorsqu'il est détaché de la question de l'identification d'une délégation de service public et ces mêmes critères lorsqu'ils se rattachent à cette opération d'identification. En affirmant que « si le juge peut prendre en compte des éléments extérieurs au contrat et de nature à éclairer la commune intention des parties, ces éléments ne doivent pas être dépourvus de toute pertinence pour apprécier cette commune intention [sic] », le Conseil d'État a sans doute voulu relever que lorsque l'identification du service public se pose, comme c'était le cas en l'espèce, dans le cadre de l'identification d'une délégation de service public, le juge doit d'abord s'appuyer, pour révéler cette volonté, sur un spectre d'éléments contenus, en première analyse, dans le contrat et non à l'extérieur de ce dernier.

Pour autant, contrairement à ce que paraît induire ce considérant, la « commune intention des parties » ne peut en aucun cas permettre d'identifier une activité de service public et, le cas échéant, sa dévolution contractuelle. L'érection d'une activité d'intérêt général en activité de service public ne peut pas, en effet, naître d'un processus contractuel mais de la seule volonté, unilatérale, de la puissance publique qui, seule, dispose de la légitimité pour ériger une activité d'intérêt général en service public. Cette volonté transparaît, dans le cas où un contrat est en cause, à travers certaines de ses stipulations, mais également, en seconde analyse, d'éléments extérieurs au contrat, qui révèlent cette volonté de la personne publique. En un sens, la reconnaissance d'une délégation de service public ne peut sérieusement être détachée de la définition, par nature unique, du service public. De même qu'il n'existe, en dépit de ses démembrements, qu'une notion de service public, il n'existe qu'une seule méthode pour le révéler. Autrement dit, le contrat ne précède pas le service public, il ne fait que cristalliser, dans un contexte qui le dépasse, la volonté de la personne publique.

Au-delà de cette ambiguïté, l'arrêt *Jean Bouin* surprend également par l'inflexion qu'elle révèle dans la mise en oeuvre opérationnelle des critères du service public.

Inflexion

Ces dernières années ont été marquées par une extension assez exponentielle de la notion de service public dans le champ des activités culturelles et de loisirs qui, par ricochet, a entraîné un nombre de plus en plus important de contrats dans la catégorie des délégations de service public. Le secteur culturel et des loisirs a ainsi été particulièrement concerné. Le domaine du sport n'a pas échappé à ce mouvement, d'abord sur le plan institutionnel, puis dans celui des équipements. S'agissant des stades, salles de sport et autres courts de tennis, la jurisprudence se révèle toutefois, dans l'ensemble, un peu hésitante, lorsque leur gestion est assurée par des personnes privées. Si le Conseil d'État a pu, parfois, ériger leur exploitation en service public²⁷ et conclure ainsi à l'existence de délégations de service public, il a, au moins aussi souvent, conclu à l'existence de simples conventions domaniales²⁸.

Mais, au-delà de ces hésitations, force est d'admettre que, de manière générale, la jurisprudence administrative s'est montrée, ces dernières années, assez encline à consacrer l'existence de délégations de service public, dans le seul but de soumettre à publicité et mise en concurrence des contrats qui, *a priori*, en étaient dispensés. L'exemple des sous-concessions de plages, aujourd'hui soumises, en application du dernier alinéa de l'article L. 321-9 du code de l'environnement, aux prescriptions de l'article L. 2124-4 du code général de la propriété des personnes publiques, est à cet égard particulièrement topique. Le Conseil d'État n'a pas

²⁷ CE, sect., 13 juill. 1961, *Ville de Toulouse* : Lebon 513. CE 4 avr. 1990, *Assoc. Pétanque Hermitage et Pétanque Sud c/ Cne de Saint-Martin d'Hères*, req. n° 100833 : D. 1991. 277, obs. J.-F. Lachaume. V. à propos du stade de France : TA Paris, ord., 2 nov. 1994, *Groupement Eiffage et al.* : AJDA 1994. 140. CAA Marseille, 29 mars 2004, *SIVOM pour la promotion du quartier de l'Abadie* : req. n° 00MA00619. V. en dernier lieu : CE 19 nov. 2010, *Dingreville (Cts)* : req. n° 320169 ; AJDA 2010. 2240.

²⁸ TA Paris, 7 juill. 2006, *Racing-Club de France* : AJDA 2007. 954. CAA Marseille, 5 févr. 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, req. n° 97MA05293. TA Lyon, 10 mars 2005, *Lavaurs* : BJCP 2005. 310, obs. B. Poujade. V., à propos d'une piste de karting : T. confl., 12 déc. 2005, n° 3458, *Association sportive karting semurois c/ SEM Auxois Bourgogne et DAGS (Sté)*, AJDA 2006. 4.

hésité, à leur propos, à considérer que l'exploitation commerciale d'une plage formait un service public, sous réserve que cette exploitation s'accompagne de contraintes imposées par la personne publique concédante, dans le seul but de soumettre les sous-concessions de plage, qui concentrent des enjeux financiers importants, à publicité et mise en concurrence.

Pour favoriser l'émergence du service public et, partant, reconnaître l'existence de conventions de délégation de service public, le Conseil d'État n'a donc pas hésité à adopter une lecture souple et parfois utilitariste des critères d'identification du service public, notamment de ceux liés aux obligations de service public qui pèsent, sous le contrôle de la collectivité publique, sur le gestionnaire privé d'une activité d'intérêt général. En effet, comme cela a été vu *supra*, le service public est, entre autres, révélé par les contraintes spécifiques qui pèsent sur le cocontractant de l'administration. Si ce dernier est libre de fixer les conditions de l'exploitation de l'équipement dont la gestion lui est confiée et que ne pèse sur le titulaire du contrat aucune contrainte étrangère à celles que peut supporter une entreprise privée dans des conditions d'exploitation ordinaires, la convention ne pourra, faute de service public, être qualifiée de convention de délégation de service public. Elle constituera, en principe, une simple convention d'occupation du domaine public.

La solution *Jean Bouin* tranche, de ce point de vue, avec la politique jurisprudentielle qui, ces dernières années, a consisté à instrumentaliser la notion de service public, parfois en la sollicitant à l'extrême, pour étendre le périmètre des obligations de publicité et de mise en concurrence attachées aux délégations de service public. Or, en l'espèce, le Conseil d'État considère, à l'inverse de la cour de Paris, qu'aucun des éléments de la convention ou de ses annexes ne traduit l'organisation, par la ville de Paris, d'un service public.

Ni les contraintes imposées au concessionnaire liées à la présence sur le site d'un club professionnel de rugby, le Stade français, ni les obligations concernant la répartition des créneaux d'utilisation du stade et de la piste d'athlétisme, en particulier celles afférant à la mise à disposition d'une partie des installations au profit des scolaires, ni la clause de « revoyure » en cas de déséquilibre financier du compte d'exploitation ne peuvent, selon le Conseil d'État, être considérées comme des contraintes spécifiques caractérisant l'existence d'une mission de service public et la délégation corrélatrice de ce dernier à l'association Paris-Jean Bouin. Dès lors, par ailleurs, que les conditions tarifaires sont, même en ce qui concerne le club public, définies par le concessionnaire et non imposées par la Ville, que le concessionnaire demeure libre de déterminer l'amplitude d'ouverture des installations, la nature et le programme des investissements dans le seul souci de conserver ses dépendances et qu'enfin, ne pèse sur celui-ci aucune obligation de *reporting* liée à l'existence d'une mission particulière de service public, la convention ne révèle pas l'organisation, par la ville de Paris, d'une mission de service public. Si l'on ne peut reprocher au Conseil d'État de tendre ainsi à une grande orthodoxie dans le maniement des critères, force est d'admettre qu'à partir de ces mêmes éléments, le Conseil d'État aurait pu aboutir à la décision exactement inverse.

Décision d'opportunité ou réelle inflexion dans la conception que le Conseil d'État se fait, à critères constants, du service public, la décision *Jean Bouin* peine donc, sur ce terrain, à convaincre. Subtile à l'excès, par exemple lorsque le juge distingue le « droit de regard de la ville sur l'activité exercée par l'association », caractéristique d'une obligation de service public, et le fait, pour celle-ci, de simplement s'assurer en permanence que le domaine public concédé est occupé conformément à sa destination, la décision aurait pu emporter la conviction si, sur le terrain de la mise en concurrence, elle avait su faire preuve d'audace. Tel n'a pas été, hélas, le cas. »

Source : « L'affaire Jean Bouin », par Stéphane Braconnier, professeur à l'Université Paris II et Rozen Noguellou, professeur de droit public à l'Université Paris-Est Créteil. *Revue de droit immobilier* 2011 p. 162

III. Les BEA

Conseil d'État, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit foncier de France* : la jurisprudence initiatrice du BEA

(...) Sur la compétence de la juridiction administrative : **Cons. que par convention du 10 juillet 1972 le syndicat intercommunal pour la création et la gestion provisoire de maisons de retraite publiques intercommunales dans les communes de l'ancien canton de Boissy-Saint-Léger a confié à l'Association Eurolat la création et la gestion d'un foyer-logement pour personnes âgées**

valides et handicapées sur un terrain situé à Villiers-sur-Marne qu'il lui louait par bail emphytéotique ; qu'en contrepartie de son apport foncier, l'Association mettait à la disposition du syndicat un certain nombre de lits destinés à l'hébergement des personnes âgées qui lui seraient désignées par le syndicat et associait celui-ci à la gestion de l'établissement ; que si les modalités du bail emphytéotique, prévu par l'article 1er de cette convention, ont été définies par un document ultérieur, en date du 20 décembre 1973, ces deux conventions forment un ensemble indivisible et ont pour objet de confier à l'Association l'exécution d'une mission de service public ; que les juridictions

administratives sont donc compétentes pour connaître des litiges auxquelles elles donnent lieu ;

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 ; (...)

A. Introduction aux BEA tels qu'issus de la loi du 5 janvier 1988.

a. Définition du BEA

Le bail emphytéotique administratif (BEA) institué par la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, codifié aux articles L. 1311-3 et suivants du code général des collectivités territoriales, constitue pour les collectivités locales un instrument d'aménagement du territoire relativement souple.

Un BEA ne pourra cependant être consenti qu'en vue :

- de l'accomplissement, pour le compte d'une collectivité locale, d'une mission de service public ;
- de la réalisation d'une opération d'intérêt général entrant dans les compétences de la collectivité intéressée.

b. Transfert de maîtrise d'ouvrage et condition d'immédiateté

Le Conseil d'État par un arrêt du 15 février 1994 *Sofap-Marignan* est venu compléter la liste des critères, qu'il avait fixés pour la VEFA dans l'arrêt Région Midi-Pyrénées, déterminant les opérations

dans lesquelles la personne publique ne pouvait se démettre de ses fonctions de maître d'ouvrage.

Dans le cadre de l'extension des locaux de l'hôtel de ville, le conseil municipal de la ville de Lille avait, par délibération du 16 décembre 1991, autorisé le maire à signer avec une société civile immobilière un bail emphytéotique mettant, pendant 65 ans, des terrains dont la commune était propriétaire à la disposition de cette société. A charge pour cette dernière d'y réaliser un bâtiment destiné pour partie à l'extension de l'hôtel de ville, pour partie à abriter des bureaux privés. La société s'engageait parallèlement à donner en location à la ville contre versement d'un loyer les surfaces répondant à ses besoins, l'ensemble du bâtiment devant en fin de bail revenir à la ville.

Le Conseil d'État a considéré que, dans l'opération ainsi entreprise, la ville de Lille n'assurerait pas la direction technique des actions de construction, ne deviendrait propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail et ne jouerait ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage.

Par suite et dans la mesure où la personne publique ne deviendrait propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne présentait pas, même si une partie des ouvrages répondait aux besoins de la ville de Lille, le caractère d'une opération de travaux publics. En ajoutant ce critère d'immédiateté de la propriété publique, le Conseil d'État ne suivait pas le tribunal administratif qui avait annulé la délibération autorisant la passation du bail, que l'opération constituait en réalité un marché de travaux publics et ne pouvait être réalisée sur le fondement d'un BEA.

c. Conditions de recours au BEA pour un maître d'ouvrage public

Une personne publique soumise à la loi MOP ne peut donc envisager de conclure un contrat ayant pour caractéristique le transfert de la maîtrise d'ouvrage de la construction d'un immeuble dès lors que :

- l'opération est réalisée pour son compte et à son initiative ;
- l'immeuble projeté est conçu en fonction de ses besoins propres ;
- l'immeuble projeté est entièrement et immédiatement destiné à devenir sa propriété (...)

Source : Editions législatives

B. L'avènement du « BEA valorisation »**a. Base légale : Article 11 loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services****Article 11 :**

I. — Le livre III de la deuxième partie du code général de la propriété des personnes publiques est complété par un titre IV ainsi rédigé :

« TITRE IV

« VALORISATION DU PATRIMOINE IMMOBILIER

« Art. L. 2341-1.-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. »

II. — L'article L. 2331-1 du même code est complété par un 7° ainsi rédigé :

« 7° Aux baux emphytéotiques passés par l'État ou ses établissements publics conformément à l'article L. 2341-1.

b. Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation

La loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services (art. 11, JO 24 juill., p. 13650 [reproduit ci-dessus]) constitue une nouvelle illustration de la préférence très nette accordée à la formule du bail emphytéotique administratif (BEA) sur celle de l'autorisation d'occupation temporaire (AOT) constitutive de droit réel. Préférence d'autant plus remarquable que la formule du BEA a été imaginée dans l'urgence à la suite de l'arrêt *Association EurolatCrédit foncier de France* (CE 6 mai 1985, req. n° 41589 [arrêt reproduit ci-dessus]) alors que celle de l'AOT l'a été à la suite d'une réflexion approfondie.

En effet, par cette loi, le législateur a ajouté aux trois types de BEA préexistants : - le BEA réservé aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics (art. L. 1311-2 et s. CGCT que, par commodité, nous désignons par l'expression BEA collectivités territoriales) ; - le BEA hospitalier (art. L. 6148-2 CSP) ; et le BEA « logement social » (art. 7 de la loi n° 2009-179 du 17 févr. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés) ; un quatrième type de BEA. (...)

1. Ce nouveau BEA, que par commodité nous qualifierons de BEA de valorisation, correspond incontestablement à un besoin.

En effet, l'expérience montre que, pour des raisons qui peuvent être très diverses et tenir par exemple à l'histoire, à la situation du bien, à ses qualités architecturales..., la meilleure gestion dans l'intérêt général de biens immobiliers appartenant à des personnes publiques qui ne sont pas ou qui ne sont plus affectés à l'usage direct du public ou à une

mission de service public suppose que les personnes publiques auxquelles ces biens appartiennent en conservent la propriété et, donc, les valorisent en les louant aux meilleures conditions possibles, qu'il s'agisse des conditions financières, de celles tenant à la nature de l'activité de l'occupant, à la réalisation de travaux sur le bien, etc.

Or, cette meilleure valorisation d'un bien immobilier d'une personne publique, qui passe par la location du bien et non par sa vente, implique très souvent que le titre par lequel la personne publique autorise son occupation soit constitutif de droits réels, mais de droits réels limités, que l'on qualifie souvent, pour rendre compte de ce caractère limité, de droits réels administratifs.

Il faut que le titre soit constitutif de droits réels pour que son titulaire bénéficie de plein droit d'un certain nombre de prérogatives (2) (droit de superficie qui lui confère la propriété, pendant toute la durée de son titre, des ouvrages qu'il réalise sur le bien, droit de céder son titre, de l'hypothéquer, droit à indemnité en cas de résiliation avant terme...) de nature à renforcer la sécurité de ses investissements et, ainsi, de lui permettre de se procurer les crédits nécessaires à leur financement.

Mais, pour les mêmes raisons qui font que la personne publique doit rester propriétaire du bien, il faut que le droit réel ainsi conféré ne soit pas un droit réel absolu qui aboutisse à dessaisir totalement la personne publique de son bien pendant la durée, le plus souvent très longue, du titre, mais que ce soit un droit réel limité qui permette à la personne publique d'imposer à son titulaire un certain nombre d'obligations dont notamment celles de n'utiliser le bien que pour un type d'activité déterminé, de réaliser un programme de travaux précisément défini, de ne pouvoir céder son titre qu'avec l'autorisation du propriétaire...

Or, s'agissant des biens immobiliers appartenant à l'État et à ses établissements publics, avant la création de ce BEA de valorisation, ces conditions tenant au caractère limité du droit réel accordé ne pouvaient pas toujours être remplies pour des raisons différentes selon que les biens immobiliers à valoriser appartenaient au domaine public ou au domaine privé.

En effet, si l'immeuble appartenait au domaine public, la seule autorisation constitutive de droit réel que l'État ou ses établissements publics pouvait délivrer était - abstraction faite du BEA en vue de la réalisation de logements sociaux - l'AOT constitutive de droits réels régie par les articles L. 2122-6 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques. Or, cette autorisation présente la caractéristique majeure de ne pouvoir être délivrée que si son titulaire procède à l'édification de constructions ou à la réalisation de travaux de

réhabilitation lourde sur l'immeuble, objet du droit réel. Si bien que, si l'immeuble qu'il s'agissait de valoriser appartenait au domaine public et ne pouvait être ni construit ni, s'il l'était déjà, faire l'objet de travaux de réhabilitation lourde, la délivrance d'une autorisation constitutive de droit réel n'était pas possible et, donc, les conditions nécessaires à la meilleure valorisation de l'immeuble dans l'intérêt général n'étaient pas remplies.

Si l'immeuble appartenait au domaine privé, les deux outils juridiques auxquels, faute de pouvoir conclure de BEA en dehors du cas particulier du logement social, l'État et ses établissements publics pouvaient recourir pour conférer des droits réels sur l'immeuble en cause étaient le bail emphytéotique de droit commun de l'article L. 451-1 du code rural et le bail à construction de l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation.

Or, ni l'un ni l'autre de ces baux ne permettent d'opérer la conciliation recherchée entre la nécessité de conférer au preneur suffisamment de garanties pour l'inciter à l'investir et celle de permettre à l'État et à ses établissements publics de conserver leur mot à dire sur l'utilisation du bien donné à bail pendant toute la durée de celui-ci pour la raison très simple que le droit réel conféré par ces deux types de baux présente un caractère absolu qui interdit à l'État, lorsqu'il y recourt, d'imposer au preneur des obligations qui lui permettraient de conserver un contrôle étroit sur l'utilisation du bien pendant toute la durée du bail. C'est ainsi, par exemple, qu'aux termes de la jurisprudence de la Cour de cassation, ne peut pas être qualifié de bail emphytéotique et donc ne confère pas un droit réel susceptible d'hypothèque, le contrat qui inclut une restriction au droit réel telle que l'interdiction d'effectuer des aménagements autres que ceux autorisés par le bailleur ou la limitation de sous-louer (*Civ. 3ème, 10 mai 1998*), la présence d'une clause limitant l'usage auquel le preneur peut affecter les lieux loués (*Civ. 3ème, 13 mai 1998, Roncaglia, n° 96-13.586, D. 1998. 346*).

C'est, donc, pour faire en sorte que l'État ait toujours la possibilité, lorsque la valorisation d'une dépendance de son domaine public ou de son domaine privé l'implique, de délivrer des titres d'occupation qui confèrent à leur titulaire des droits réels en permettant à l'État de conserver un droit de regard sur l'utilisation qui est faite du bien sur lequel portent ces droits réels, que le législateur a créé le BEA de valorisation dont il convient, dès lors, d'étudier, d'une part, les règles qui régissent la possibilité d'y recourir et, d'autre part, l'étendue des droits qu'il confère à son titulaire.

2. Le recours au BEA de valorisation

2.1. Le BEA de valorisation ne peut être conclu qu'en vue de certains buts et que sur certains biens immobiliers

2.1.1. Les buts en vue desquels le BEA de valorisation peut être conclu

A la différence des AOT constitutives de droit réel dont la délivrance - tout au moins sur le domaine public de l'État car il en est différemment sur le domaine public des collectivités locales ! - n'est subordonnée à la poursuite d'aucun but spécifique (4), mais à l'instar des autres types de BEA, le BEA de valorisation ne peut être conclu qu'en vue de certains buts qui, en ce qui le concerne, sont aux termes de l'article L. 2341-1 I du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), « la restauration, la réparation ou la mise en valeur » du bien immobilier sur lequel il porte.

2.1.1.1. Restauration ou réparation

Du fait du caractère très précis des deux premiers buts, on voit aisément ce à quoi correspond leur poursuite, les conséquences qu'elle emporte sur ce qui constitue l'objet principal du contrat ainsi que, les deux étant liés, sur ses modalités de passation.

En effet, la détermination de l'objet principal d'un contrat à objet à la fois immobilier et de travaux étant fonction de sa finalité principale (v., sur ce point, not. E. Fatôme et P. Terneyre, A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, AJDA 2009. 1868), il ne fait aucun doute que l'objet principal d'un BEA conclu en vue de la restauration ou de la réparation d'un bien immobilier n'est pas la location de ce bien mais la réalisation de travaux. Comme par ailleurs, dans cette hypothèse, la rémunération du preneur pour les travaux qu'il exécute consiste soit dans le droit d'exploiter l'immeuble sur lequel porte le BEA, soit dans ce droit assorti d'un prix et, qu'aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 15 juillet 2009, la concession de travaux se définit « comme le contrat administratif dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage soit dans ce droit assorti d'un prix », force est de décider qu'un BEA conclu en vue de la restauration ou de la réparation du bien immobilier sur lequel il porte constitue à titre principal une concession de travaux et que, par conséquent, il doit être passé dans le respect des procédures de passation prévues pour ce type de contrat (5).

2.1.1.2. Mise en valeur

Étant donné le caractère beaucoup moins précis de la notion de mise en valeur, les choses sont

beaucoup moins simples en ce qui concerne le troisième but en vue duquel les BEA de valorisation peuvent être conclus.

En effet, la mise en valeur d'un bien immobilier peut, me semble-t-il, revêtir au moins deux formes différentes.

Elle peut tout d'abord consister - c'est ce à quoi on pense en premier lieu - à réaliser ou à faire réaliser des travaux de nature à accroître la valeur du bien ; travaux qui, dans le cas qui nous occupe, ne peuvent pas être des travaux de réparation ou de restauration puisque le législateur les a en quelque sorte mis à part, mais qui peuvent être aussi bien des travaux d'amélioration ou d'extension d'une construction existante que des travaux d'édification de nouvelles constructions.

Elle peut également - tout au moins, nous semble-t-il, car la chose peut paraître moins évidente - consister à faire mieux apparaître l'intérêt du bien ou à le faire mieux connaître, par exemple en y installant un musée, en organisant son ouverture au public...

Or, selon que l'on est dans la première hypothèse ou dans la seconde - sachant qu'en pratique, la distinction entre ces deux hypothèses peut se révéler difficile à effectuer pour la raison très simple que souvent la seconde modalité de mise en valeur impliquera la réalisation de travaux - les conséquences de la poursuite de ce troisième but sur la qualification du contrat et, partant, sur ses modalités de passation sont différentes.

En effet, si la mise en valeur du bien sur lequel porte le BEA consiste à titre principal à faire réaliser par le preneur des travaux d'amélioration du bien, il paraît logique de considérer que l'on est dans la même situation que lorsque le BEA est conclu en vue de la restauration ou de la réparation d'un bien immobilier et, donc, qu'ayant en réalité pour objet principal la réalisation de travaux, le BEA constitue également, dans cette hypothèse, une concession de travaux (6) dont la passation doit s'effectuer dans le respect des procédures prévues pour ce type de contrat.

En revanche, si la mise en valeur du bien sur lequel porte le BEA consiste à titre principal à en faire le siège d'activités de nature à faire mieux ressortir son intérêt, on peut penser que, dans ce cas, la qualification du contrat et, donc, la détermination de ses modalités de passation dépendront de la plus ou moins grande importance des conditions particulières relatives à l'activité exercée par le preneur sur le bien qui seront imposées par le contrat.

Si ces conditions sont telles qu'il apparaît que l'activité exercée par le preneur sur le bien est «

pilotée » par la personne publique, force est de décider, en vertu de la jurisprudence *APREI (CE 22 févr. 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés [APREI], n° 264541)*, que cette activité constitue une activité de service public et, partant, selon qu'elle est ou non exercée aux risques et périls du preneur, que le contrat constitue une délégation de service public ou un marché de service, assorti d'un BEA, qui doit être passé dans le respect des procédures prévues pour ce type de contrat. Situation que, il faut le souligner, le législateur a expressément envisagée, puisque, nous le verrons, il a décidé que, dans le cas où les constructions réalisées dans le cadre d'un BEA de valorisation donnent lieu à la conclusion d'un contrat de crédit-bail, ce contrat comporte des clauses « permettant de préserver les exigences du service public ».

Si des conditions de ce type existent mais qu'elles ne sont pas telles que l'on doive considérer que l'activité que le BEA autorise le preneur à exercer sur le bien constitue une activité de service public, force est alors de se demander si ces conditions n'ont pas malgré tout pour conséquence de conférer à l'activité exercée par le preneur sur le bien une dimension de prestation de services au bénéfice de la personne publique propriétaire du bien. Car, si tel est le cas, se pose alors une autre question qui est celle de savoir si le BEA en cause ne doit pas être qualifié de concession de service (et non de service public) au sens du droit communautaire et, partant, être conclu, en vertu de la jurisprudence *Telaustria (CJCE 7 déc. 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, aff. C-324/98)*, dans le respect des règles fondamentales du traité, c'est-à-dire après mise en œuvre d'une procédure de publicité adéquate permettant une ouverture des concessions de service à la concurrence dès lors, toutefois, qu'elles sont susceptibles d'intéresser une entreprise située dans un État membre autre que celui dans lequel cette concession est attribuée.

Jusqu'à l'arrêt de section du Conseil d'État *Association Paris Jean-Bouin* du 3 décembre 2010 (req. n° 338272), on pouvait se demander si cette double question n'était pas appelée à perdre beaucoup de son intérêt, au moins d'un point de vue pratique, dans un avenir proche. En effet, il existe une tendance, aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine, à considérer que, ainsi que l'a jugé le tribunal administratif de Versailles dans un jugement *M. Guyard* du 5 janvier 2010 (AJDA 2010. 1196, concl. J. Sorin), « que si, à l'exception des baux emphytéotiques administratifs conclus par un établissement public de santé ou une structure de coopération sanitaire, les dispositions précitées de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales ne soumettent pas la signature d'un bail emphytéotique administratif à une exigence spécifique de publicité et de transparence, la

signature d'un tel contrat n'est pas pour autant exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité sur l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats ; que le degré de publicité et de transparence de la procédure mise en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs doit être adéquat au regard de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques du contrat » (v., sur cette tendance, not., G. Clamour, *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics in Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, p. 637 ; C. Vautrot-Schwarz, *La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale*, AJDA 2009. 568).

Si le Conseil d'État avait consacré cette manière de voir, la question de savoir si certains BEA de valorisation doivent être regardés comme constituant des concessions de service au sens du droit communautaire n'aurait plus présenté de véritable intérêt puisque, quelle que soit la réponse donnée à cette question, ils auraient dû être passés après mise en œuvre d'une procédure de publicité adéquate.

Mais, dans son arrêt *Association Jean-Bouin (CE sect. 3 déc. 2010, req. n° 338272)*, AJDA 2010. 2343), le Conseil d'État a clairement refusé de s'engager dans cette voie puisqu'il a jugé « 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 ».

Dès lors, aussi longtemps que la CJUE n'aura pas dit expressément que le principe de transparence qu'elle a dégagé dans son arrêt *Telaustria* a pour conséquence de soumettre les contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs (autres que ceux régis par la directive) aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats - ce qui reste très hypothétique -, force sera bien de se demander si certains BEA conclus en vue de la mise en valeur des immeubles sur lesquels ils portent ne présentent pas une dimension de prestations de service au bénéfice des personnes publiques auxquelles ces immeubles appartiennent et si, par voie de conséquence, il ne convient pas de voir dans ces BEA des concessions de service (et non, encore une fois, de service public) qui doivent être conclus après mise en

œuvre d'une procédure de publicité adéquate, dès lors qu'ils présentent un intérêt transfrontalier. L'arrêt *Association Jean Bouin* est d'ailleurs dépourvu de toute ambiguïté à cet égard. En effet, en prenant soin de préciser que l'absence d'obligation pour les personnes publiques d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation du domaine public vaut pour les autorisations et contrats « ayant pour seul objet [et non pour objet principal] l'occupation d'une telle dépendance », le Conseil d'État a clairement indiqué qu'il convient, pour savoir si une personne publique doit organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation du domaine public, de rechercher si cette autorisation ou ce contrat n'a pas un autre objet (même s'il est secondaire ?) qui implique la mise en œuvre d'une procédure de publicité adéquate.

Reste une dernière question, en ce qui concerne ce troisième but en vue duquel un BEA de valorisation peut être conclu, qui est celle de savoir si un BEA qui serait conclu si ce n'est uniquement, tout au moins principalement, en vue de percevoir un loyer ou une redevance plus élevée que celui ou celle qui serait perçu si le contrat de location ou d'occupation n'était pas constitutif de droits réels pourrait être considéré comme conclu en vue de la mise en valeur du bien sur lequel il porte.

A priori, une réponse négative paraît s'imposer dans la mesure où mettre en valeur un bien c'est faire quelque chose qui accroît sa valeur et ce n'est pas seulement en retirer le maximum de revenus. Mais, si un (léger) doute est malgré tout permis, c'est en raison de l'intitulé du titre du code général de la propriété des personnes publiques à l'intérieur duquel le législateur a inséré l'article L. 2341-1 qui régit le BEA de valorisation. Ce titre est en effet intitulé : « Valorisation du patrimoine immobilier ». Or, il nous semble que par valorisation du patrimoine immobilier, on entend, de plus en plus souvent, le fait de retenir la solution qui apparaît financièrement la plus rentable pour le propriétaire de ce patrimoine. Le fait que l'on qualifie très souvent les opérations de vente d'immeubles des personnes publiques d'opération de valorisation nous paraît très révélateur à cet égard(7) ! Mais, sans doute faut-il comprendre que si l'article L. 2341-1 précise que le BEA de valorisation ne peut être conclu qu'en vue de la réparation, de la restauration ou de la mise en valeur du bien sur lequel il porte, c'est parce que, pour le législateur, la valorisation du patrimoine immobilier qu'il permet d'effectuer est uniquement celle qui correspond à la poursuite de l'un de ces trois buts.

La détermination des biens immobiliers susceptibles de faire l'objet d'un BEA de valorisation soulève,

heureusement, moins de difficultés.

2.1.2. Les biens immobiliers susceptibles de faire l'objet d'un BEA de valorisation

Aux termes de l'article L. 2341-1 du CGPPP, pour qu'un bien immobilier puisse faire l'objet du BEA prévu par cet article, il faut qu'il appartienne à « l'État ou à un établissement public mentionné au 1^{er} alinéa de l'article L. 710-1 du code de commerce ou au 1^{er} alinéa de l'article 5 du code de l'artisanat ou à l'article L. 510-1 du code rural et de la pêche maritime », les établissements publics mentionnés par ces articles étant les chambres consulaires, c'est-à-dire les chambres de commerce et d'industrie, les chambres des métiers et de l'artisanat et les chambres d'agriculture.

2.2. Les personnes publiques pouvant recourir au BEA de valorisation

A s'en tenir à l'exposé sommaire de l'amendement d'origine parlementaire qui a introduit cet article dans le projet de loi relatif aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, cette condition, pour le moins surprenante, d'appartenance à l'État ou à cette catégorie très particulière d'établissements publics que sont les chambres consulaires s'expliquerait par le fait que le BEA prévu par cet article a été créé pour permettre aux chambres consulaires dont certaines disposent « d'un patrimoine immobilier remarquable, de mener à bien des opérations de restauration ou de valorisation des immeubles leur appartenant [...] ».

En effet, selon cet exposé sommaire, si, bien que « créé pour donner [aux chambres consulaires] dans le cadre de la modernisation et de la restructuration de leurs réseaux les outils juridiques nécessaires pour entretenir et valoriser » (leur patrimoine immobilier), ce BEA n'est pas réservé aux seules chambres consulaires, mais peut être conclu par l'État sur des biens immobiliers qui lui appartiennent, c'est uniquement parce que, je cite à nouveau l'exposé sommaire, « certaines chambres consulaires n'étant que gestionnaires de leurs biens immobiliers, il est nécessaire d'ouvrir également ce dispositif à l'État pour permettre dans tous les cas une meilleure valorisation et un meilleur entretien de leur patrimoine ».

Si on peut s'exprimer ainsi, la ficelle est un peu grosse.

En effet, ce qui est vrai des chambres consulaires l'est naturellement encore plus de l'État dont on sait qu'il a enfin décidé de mener une politique très active de valorisation de son patrimoine immobilier. Si bien que l'on est nécessairement conduit à penser que si les chambres consulaires sont les seules personnes publiques en plus de l'État à pouvoir recourir à ce nouveau type de BEA, c'est

uniquement parce que, constatant que, pour les raisons exposées plus haut, l'État ne disposait pas de l'outil juridique nécessaire pour mener à bien certaines opérations de valorisation d'immeubles lui appartenant, le Gouvernement a utilisé, pour se doter le plus rapidement possible de cet outil juridique, le projet de loi en cours de discussion devant le Parlement qui lui a paru le mieux à même de prévoir la création de cet outil, projet de loi qui s'est avéré être le projet sur les réseaux consulaires.

Telle était d'ailleurs l'opinion des auteurs d'un amendement déposé au Sénat qui proposait de supprimer la possibilité pour l'État de recourir à ce BEA de valorisation puisque, pour justifier leur proposition, les auteurs de l'amendement faisaient valoir qu'« il n'y a aucune raison d'autoriser l'État, au détour d'un projet de loi relatif aux réseaux consulaires, à conclure des baux emphytéotiques administratifs sur des biens immobiliers qui lui appartiennent, en vue de leur mise en valeur » (amendement n^{os} 507, 508 et 494).

L'intervention du rapporteur de la commission des affaires économiques du Sénat (séance du 10 juin 2010) est également très probante à cet égard puisque, pour motiver son avis défavorable à cette proposition d'amendement de suppression, ce rapporteur faisait valoir qu'« il ne voyait pas au nom de quoi l'État se verrait refuser la possibilité de donner à bail emphytéotique un élément de son patrimoine immobilier en vue de sa réhabilitation ». Exprimant le point de vue du Gouvernement, le secrétaire d'État aux PME, Hervé Novelli, était encore plus clair puisque, lors de la même séance, il déclarait, pour s'opposer à cet amendement de suppression, que « l'État peut également avoir besoin d'un dispositif de bail emphytéotique administratif, comme cela existe déjà pour les collectivités locales. Grâce à l'article 7 *quater*, introduit à l'Assemblée nationale, cette possibilité est désormais étendue aux chambres consulaires » (*sic*).

2.3. Une limitation critiquable

Mais, au-delà du point de savoir ce qui explique cette limitation du champ d'application du BEA de valorisation aux seuls biens appartenant à l'État et aux chambres consulaires, ce qu'il est important de souligner c'est que l'impossibilité qui résulte de cette disposition pour les établissements publics nationaux autres que les chambres consulaires de conclure sur des biens qui leur appartiennent des BEA de valorisation est profondément critiquable.

Elle l'est, tout d'abord, sur le plan des principes car aucune des caractéristiques des chambres consulaires ne justifie que ces chambres disposent de cette possibilité et que les autres établissements publics nationaux n'en disposent pas.

Elle l'est également, ensuite, sur le plan de la meilleure valorisation des biens des personnes publiques puisque cette limitation du champ d'application de cette nouvelle sorte de BEA a pour conséquence que les établissements publics nationaux autres que les chambres consulaires ne peuvent pas valoriser leur domaine dans d'aussi bonnes conditions que ces organismes. Sauf, sans doute, il est vrai, mais cela ajoute à l'incohérence du système, si, ainsi que cela est le cas, par exemple, de la SNCF, les biens dont elles disposent appartiennent à l'État et qu'ils n'ont à leur égard que les droits et obligations du propriétaire.

L'impossibilité pour les collectivités locales ainsi que pour les établissements publics locaux de conclure des BEA de ce type sur les immeubles qui leur appartiennent présente sûrement moins d'inconvénients pour ces collectivités et établissements que pour les établissements publics nationaux puisque, en vertu de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, ces collectivités et établissements peuvent conclure des BEA en vue, pour s'en tenir à l'essentiel, de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Mais, elle en présente malgré tout certains pour la raison très simple qu'il peut arriver que la meilleure valorisation de biens appartenant à des collectivités locales ou à des établissements publics locaux implique que tel ou tel de ces biens soient utilisés pour permettre l'accomplissement d'activités qui ne constituent pas des activités de service public ou des opérations d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité ou de l'établissement qui en est propriétaire et que, pour cette raison, cette collectivité ou cet établissement ne puisse pas conclure le BEA qui serait pourtant nécessaire pour permettre la meilleure valorisation du bien en cause.

Enfin, dans un ordre d'idées totalement différent, on ne peut que regretter ce que révèle ce champ d'application pour le moins surprenant de ce nouveau BEA, à savoir l'indifférence, malheureusement de plus en plus fréquente, de ceux qui font la loi à l'égard de la cohérence des systèmes juridiques qu'ils mettent en place. Indifférence qui aboutit à ce que certains chapitres de notre droit dont, au premier chef celui relatif aux autorisations d'occupation du domaine public, soient composés d'éléments que le législateur juxtapose les uns à côté des autres sans se soucier de leur cohérence.

Mais, quels que soient les regrets que l'on puisse éprouver en ce qui concerne la manière dont trop souvent le législateur fait la loi, ce qu'il faut surtout souligner, c'est que, si l'on met à part la condition de durée (de 18 à 99 ans) qui est commune à tous les

baux emphytéotiques, qu'ils soient de droit commun ou administratif, ces deux conditions relatives, d'une part, aux buts en vue desquels le BEA de valorisation peut être conclu et, d'autre part, aux biens sur lesquels il peut être conclu sont les deux seules conditions auxquelles la possibilité d'y recourir est subordonnée.

Cela est en effet particulièrement important car cela signifie trois choses qu'il est indispensable d'avoir présent à l'esprit pour situer ce nouveau BEA par rapport aux autres BEA et aux AOT constitutives de droit réel. En effet, cela signifie :

1) qu'à la différence du BEA de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, ce nouveau BEA peut être conclu sur des dépendances qui entrent dans le champ d'application de la contravention de voirie ;

2) que, comme les autres BEA mais à la différence des AOT constitutives de droit réel (art. L. 2122-6 CGPPP et art. L. 1311-5 CGCT), ce nouveau BEA peut être conclu aussi bien sur des immeubles déjà bâtis que sur des immeubles non bâtis ;

3) et, enfin, que, à nouveau comme les autres BEA mais à la différence des AOT constitutives de droit réel, il peut être conclu aussi bien sur des biens qui font partie du domaine public - y compris, nous semble-t-il, sur le domaine public naturel faute d'exclusion expresse - que sur des biens qui font partie du domaine privé.

2.4. Une certaine conception de la domanialité publique

Ce dernier point n'est pas seulement important en soi. Mais il l'est également en ce qu'il est révélateur d'une certaine conception de la domanialité publique.

Il est en effet admis, de façon générale, que la domanialité publique a pour raison d'être d'assurer le respect de l'affectation des biens des personnes publiques qui sont affectés au service public ou à l'usage direct du public et qui sont indispensables pour la satisfaction du besoin auquel correspond cette affectation (8). Dès lors, on peut être tenté de considérer que, dans la logique de cette conception de la domanialité publique, un bien qui cesse d'être affecté au service public ou à l'usage direct du public doit également cesser d'appartenir au domaine public puisque la raison qui justifiait son appartenance à ce domaine n'existe plus. L'article L. 2141-1 du code général de la propriété des personnes publiques paraît d'ailleurs correspondre à cette logique. « Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, est-il écrit en effet dans cet article, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte

administratif constatant son déclassement ». Or, ainsi que l'a observé Pierre Delvolvé, « en parlant du déclassement comme d'un acte de constatation, on limite sa portée [...]. De la même manière qu'un acte de délimitation du domaine public naturel est illégal lorsqu'il ne correspond pas à la réalité des faits, ou qu'un acte de déclassement est également illégal s'il n'y a pas eu désaffectation, un refus de déclassement doit désormais être illégal dès lors qu'il y a eu désaffectation » (Le code général de la propriété des personnes publiques, regard extérieur sur le code, RFDA 2006, 899).

Mais comme il ne fait aucun doute que, dans l'esprit des auteurs de la loi de 2010, les biens de l'État et des chambres consulaires qu'il s'agit de valoriser sont, au moins dans la plupart des hypothèses, des biens qui ne sont pas ou qui ne sont plus affectés au service public ou à l'usage direct du public, force est d'admettre qu'en décidant que le BEA de valorisation peut être conclu aussi bien sur des biens du domaine public que sur des biens du domaine privé, le législateur a admis que des biens qui ont cessé d'être affectés au service public ou à l'usage direct du public peuvent continuer à faire partie durablement du domaine public.

Mais cette possibilité de maintenir dans le domaine public des biens immobiliers que l'État ou les chambres consulaires décident de valoriser en concluant un BEA de valorisation n'est pas seulement importante en ce qui concerne le fondement de la domanialité publique. Elle l'est également en ce qui concerne l'étendue du droit réel conféré au preneur par le BEA de valorisation.

2.5. L'étendue du droit réel conféré par le BEA de valorisation

Comme les trois autres sortes de BEA, le BEA de valorisation est un contrat administratif par détermination de la loi (art. L. 2331-1 CGPPP) qui confère à son titulaire un droit réel de jouissance sur les biens sur lesquels il porte. Droit réel qui présente notamment la double caractéristique, commune à tous les droits réels, premièrement de valoir droit de superficie et, donc, d'avoir pour conséquence que leurs titulaires sont nécessairement propriétaires, pendant toute la durée de leur contrat, des ouvrages, constructions et installations qu'ils réalisent sur les biens sur lesquels portent leur BEA et, d'autre part, d'être cessibles et, donc, d'être susceptibles d'hypothèque.

Mais, au-delà de ces points communs à tous les BEA, il existe une différence fondamentale entre les BEA de valorisation et les autres BEA qui est constituée par le fait que l'étendue du droit réel conféré par le BEA de valorisation peut ne pas être la même selon que le bien sur lequel il porte appartient au domaine public ou au domaine privé.

2.5.1. Première hypothèse : le bien sur lequel porte le BEA de valorisation appartient au domaine public

2.5.1.1. Les limites au droit réel conféré par le BEA

Dans ce cas, l'article L. 2341-1 II prévoit que le droit réel conféré par le bail doit comporter les cinq limites 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 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 ».

Quatre des cinq limites ainsi mises au droit réel conféré par le BEA de valorisation lorsqu'il est conclu sur un bien qui appartient au domaine public - à savoir la première, la seconde, la troisième et la cinquième - sont, à quelques nuances rédactionnelles près, reprises de l'article L. 1311-3 du code général des collectivités territoriales qui est l'article relatif aux BEA collectivités territoriales qui régit l'étendue du droit réel conféré par ce BEA.

En revanche, il n'en est pas de même de la quatrième de ces limites - celle relative aux modalités de contrôle de l'activité du preneur par la personne publique propriétaire - puisque l'article L. 1311-3 ne contient pas une disposition comparable en ce qui concerne les BEA collectivités territoriales. Mais, la différence qui existe de ce fait entre ces deux BEA est plus apparente que réelle.

En effet, si un BEA de valorisation conclu sur un bien

qui appartient au domaine public doit prévoir les modalités de contrôle de l'activité du preneur par la personne publique propriétaire, c'est, à n'en pas douter, parce que le législateur a considéré qu'il est nécessaire de faire en sorte que, contrairement à ce qu'il en est du droit réel conféré par un bail emphytéotique de droit privé, le droit réel conféré par un BEA de valorisation ne donne pas à son titulaire le droit de gérer librement la dépendance du domaine public, objet du bail, et, notamment, ne lui confère pas le droit de décider seul de la nature de l'activité que son bail lui donne le droit d'exercer sur cette dépendance. Nature de l'activité qui n'est pas nécessairement impliquée par le but en vue duquel le BEA est conclu, notamment lorsqu'il l'est en vue de la réparation ou de la restauration du bien sur lequel il porte.

Or, même si les textes qui régissent le BEA collectivités territoriales ne le prévoient pas expressément (10), le droit réel conféré par ce BEA comporte la même limite. En effet, ne pouvant être conclu qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général, le BEA collectivités territoriales ne peut donner à son titulaire que le droit d'exercer la ou les activités qui correspondent à l'accomplissement de la mission de service public ou de l'opération d'intérêt général en vue de laquelle il a été conclu.

Enfin, il convient de rappeler qu'à ces limites qui résultent directement ou indirectement (s'agissant de la dernière) des textes qui régissent les divers types de BEA, s'en ajoute une autre qui, elle, est commune à toutes les autorisations d'occupation du domaine public et qui est constituée par le fait qu'aux termes de l'article L. 2122-3 du code général de la propriété des personnes publiques, toute autorisation d'occupation du domaine public, y compris par conséquent les BEA qui portent sur le domaine public, « présente un caractère précaire et révocable ».

Cette limite est naturellement tout à fait essentielle puisqu'elle signifie que, contrairement au droit réel civil de jouissance conféré par un bail emphytéotique de droit privé, le droit réel de jouissance conféré par un BEA de valorisation sur une dépendance du domaine public peut être résilié par la personne publique propriétaire avant le terme qu'il prévoit pour un motif d'intérêt général (12).

2.5.1.2. Le paiement de la redevance

Mais, si dans ces conditions, le droit réel conféré par le BEA de valorisation qui porte sur un bien du domaine public comporte fondamentalement les mêmes limites que celles que comporte le droit réel conféré par le BEA collectivités territoriales, il existe malgré tout une différence entre ces deux types de BEA qui concerne la redevance que le preneur doit

acquitter en contrepartie du droit que lui confère son BEA.

Cette différence ne concerne pas le calcul du montant qui, en vertu de l'article L. 2125-3 du CGPPP, doit « tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation ». Mais, elle concerne ses modalités de paiement.

En effet, aux termes de l'article L. 2125-4 du CGPPP, « la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public par le bénéficiaire d'une autorisation est payable d'avance et annuellement.

Toutefois, le bénéficiaire peut, à raison du montant et du mode de détermination de la redevance :

1° Etre admis à se libérer par versement d'acompte ;

2° Etre tenu de se libérer par le versement de la redevance due soit pour toute la durée de l'autorisation si cette durée n'excède pas cinq ans, soit pour une période quinquennale dans le cas contraire ».

Or, ces règles qui, dans le silence des textes qui les régissent, s'appliquent aux trois autres types de BEA lorsqu'ils portent sur des biens du domaine public ne s'appliquent pas au BEA de valorisation puisque l'article L. 2341-1 décide qu'« il [le BEA prévu par cet article] peut prévoir l'obligation pour le preneur de se libérer du paiement de la redevance d'avance pour tout ou partie du bail ». Ce qui constitue un élément de souplesse tout à fait remarquable. Mais, ce qui ne veut pas dire, malgré tout, qu'au cas où il a payé d'avance la redevance due pour le bail, le preneur a un droit acquis à ce que l'autorité gestionnaire du domaine public ne lui demande aucune redevance supplémentaire en cours d'exécution du bail puisqu'aux termes de la jurisprudence du Conseil d'État, l'autorité gestionnaire du domaine public « peut à tout moment modifier les conditions pécuniaires auxquelles elle subordonne la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public [...] » (*CE 5 mai 2010, Bernard, n° 30142013*). Possibilité dont ne dispose bien sûr pas l'autorité gestionnaire du domaine privé.

2.5.2. Deuxième hypothèse : le bien sur lequel porte le BEA de valorisation appartient au domaine privé

Des conditions particulières facultatives

Dans cette deuxième hypothèse, à la différence de ce qu'il en est dans le cadre des autres types de BEA, le BEA de valorisation peut ne satisfaire à aucune des conditions particulières imposées lorsqu'il porte sur un bien qui fait partie du domaine public. Le paragraphe III de l'article L. 2341-1 est dépourvu de toute ambiguïté à cet égard puisqu'il prévoit que « l'une ou plusieurs de ces conditions [c'est-à-dire des

conditions particulières auxquelles doivent satisfaire les BEA de valorisation lorsqu'ils portent sur des biens du domaine public ainsi que les autres types de BEA, qu'ils portent sur des biens du domaine public ou du domaine privé] peuvent également être imposées au preneur lorsque le bien fait partie du domaine privé de la personne publique ». Si une ou plusieurs conditions peuvent être imposées, c'est bien qu'il s'agit d'une simple faculté et, s'il s'agit d'une simple faculté, c'est bien qu'un BEA de valorisation qui porte sur un bien du domaine privé peut ne satisfaire à aucune de ces conditions.

Mais, même lorsque tel est le cas, le droit réel conféré par le BEA de valorisation n'en est pas moins différent du droit réel « absolu » conféré par un bail emphytéotique ordinaire, et ce, pour deux raisons.

Tout d'abord, ne pouvant être conféré qu'en vue de la réparation, de la restauration ou de la mise en valeur du bien sur lequel il porte, il ne donne pas à son titulaire le droit d'utiliser le bien librement pendant toute la durée du bail puisqu'il lui impose nécessairement l'obligation d'utiliser le bien de telle manière que le but en vue duquel il a été conclu soit atteint.

Ensuite, étant conféré par un contrat administratif, c'est-à-dire par un contrat qui, en vertu des règles générales applicables à ces contrats, peut être résilié avant terme pour un motif d'intérêt général, il présente, bien que n'étant pas soumis au principe de précarité auxquels sont soumis les BEA qui sont conclus sur le domaine public, un caractère précaire.

Toutefois, l'existence de cette deuxième limite ne peut, à la différence de la précédente, être considérée comme absolument certaine.

En effet, la règle générale applicable aux contrats administratifs, en vertu de laquelle ces contrats peuvent être résiliés avant terme pour motif d'intérêt général, est une règle jurisprudentielle qui connaît des exceptions. « Etant donné le fondement du pouvoir de résiliation, écrivent A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé dans leur *Traité des contrats administratifs* [LGDJ, t. 2, 2^e éd., n° 1430], il existe des catégories de contrat où, en fait, il ne saurait trouver place parce que ce fondement ne peut pratiquement pas se retrouver. Ce sont les contrats ayant un caractère exclusivement financier [emprunts publics, etc.] ». Et c'est parce que le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats administratifs est susceptible de ne pas exister à l'égard de tous les contrats administratifs que, lors d'un colloque consacré « aux titres constitutifs de droit réel sur le domaine public » (JCP N sept. 1996, n° 1282), le président Labetoulle déclarait à propos du BEA collectivités locales : « J'hésite à suivre ceux qui ont dit que ce bail emphytéotique avait en lui-même une fragilité tenant à ce que, comme tout contrat administratif, il pouvait être résilié

unilatéralement. L'avenir n'est pas dit à cet égard. Et, selon l'adage, il ne faut pas insulter l'avenir ; il ne faut pas non plus sous-estimer la capacité d'imagination de la jurisprudence. Il n'est pas inévitable que le bail emphytéotique de la loi de 1988 reçoive cet attribut des contrats administratifs qu'est le pouvoir classique de la résiliation unilatérale. Il me semble que la jurisprudence pourrait prendre acte de ce que la loi de 1988 a voulu conférer à ce contrat un caractère de stabilité particulière, de sécurité particulière et il ne me paraîtrait pas aberrant de courber, dans ce cas particulier, les principes généraux du droit des contrats ».

Or, ce que le président Labetoulle considérait comme envisageable pour les BEA collectivités territoriales - et qui ne l'est sans doute plus pour ceux de ces BEA qui portent sur des biens du domaine public depuis que le code général de la propriété des personnes publiques a fait du caractère précaire et révocable des autorisations d'occupation du domaine public une règle générale à valeur non plus jurisprudentielle mais législative à laquelle, dès lors, seul le législateur peut déroger - l'est, *a fortiori*, pour les BEA de valorisation qui portent sur des biens du domaine privé. En effet, en décidant que ces BEA peuvent n'imposer aucune des conditions particulières que les autres BEA doivent nécessairement imposer, y compris lorsqu'ils portent sur des biens du domaine privé, le législateur a clairement marqué sa volonté de faire en sorte que, sans être absolu, le droit réel conféré par les BEA de valorisation qui portent sur des biens du domaine privé puisse être particulièrement étendu. Ce qui peut, peut-être, être interprété comme signifiant qu'il a entendu que ce droit ne soit pas précaire.

Mais, au-delà de cet élément de (légère) incertitude, ce qu'il importe de souligner, c'est que cette possibilité pour les BEA de valorisation qui portent sur des biens du domaine privé de n'imposer aucune des conditions particulières obligatoires pour ceux qui portent sur des biens du domaine public ou de n'en imposer que certaines constitue un élément de souplesse tout à fait remarquable. Elle permet, en effet, aux autorités chargées de la valorisation du domaine privé de l'État et des chambres consulaires de n'imposer, dans chaque hypothèse, que les seules conditions qui paraissent nécessaires pour assurer la meilleure valorisation du bien, objet du BEA. Autrement dit, grâce à cette possibilité, les autorités chargées de la valorisation des biens du domaine privé de l'État et des chambres consulaires ne sont plus obligées de se couler dans un moule préétabli, mais peuvent « faire du sur-mesure » puisqu'elles peuvent définir au cas par cas les obligations qu'il convient d'imposer au preneur en fonction des caractéristiques du bien, de l'activité du preneur, du type de valorisation que l'administration

et le preneur veulent réaliser, etc. Et cet élément de souplesse est d'autant plus remarquable qu'à la différence des AOT constitutives de droit réel, mais à l'instar des autres types de BEA, il est possible de conclure un BEA de valorisation sur un bien du domaine privé qui, du fait du caractère de service public de l'activité qu'il autorise le preneur à exercer sur le bien et des aménagements que celui-ci doit réaliser, est destiné, une fois commencée la réalisation de ces aménagements, à faire partie du domaine public. Il suffit dans ce cas d'imposer toutes les conditions particulières qu'un BEA peut imposer lorsqu'au moment où il est conclu il porte sur un bien du domaine privé.

Enfin, autre vertu de cet élément de souplesse, on peut penser que la volonté de pouvoir en bénéficier conduira l'administration à ne pas maintenir dans le domaine public des biens qui, parce qu'ils ne sont plus affectés ni à l'usage direct du public ni à un service public, n'ont plus - si on admet que le fondement de la domanialité publique artificielle est constitué par la protection de l'affectation - de raison d'appartenir à ce domaine.

En conclusion, il convient, pour éviter tout malentendu, d'insister sur le fait que ce nouveau BEA fournit à l'État et aux chambres consulaires l'outil juridique dont ils avaient besoin pour procéder à certaines opérations de valorisation de leur patrimoine immobilier et que, dans cette mesure, il est incontestablement le bienvenu. Mais, aussi bienvenu que soit ce nouveau BEA, on doit, malgré tout, regretter que la nécessité - dont on a enfin pris conscience pour toutes les personnes publiques, et non pas seulement pour l'État et les chambres consulaires comme pourrait le laisser croire ce nouveau BEA - de procéder dans les meilleures conditions à la valorisation de leur patrimoine immobilier n'ait pas été l'occasion de reconstruire le droit de la cession et de l'occupation des biens immobiliers des personnes publiques. Et, ainsi, de mettre fin aux incohérences et à la très grande insécurité juridique qui, à l'heure actuelle, caractérisent ce droit.

Source : Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation, par Etienne Fatôme, Professeur émérite à l'université Paris I et Michèle Raunet, Notaire, AJDA 2010 p. 2475

C. L'extension du BEA valorisation

a. Base légale : Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI)

Article 96

I. - Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

1° L'article L. 1311-2 est ainsi modifié :

a) À la première phrase du premier alinéa, après le mot : « implantation », sont insérés les mots : « 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 », les mots : « 2007, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique » sont remplacés par les mots : « 2013, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales » et l'année : « 2010 » est remplacée par l'année : « 2013 » ;

b) Le dernier alinéa est ainsi rédigé :

« 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 » ;

c) Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« 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 » ;

2° L'article L. 1311-4-1 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa, l'année : « 2007 » est remplacée par l'année : « 2013 » et les mots : « ou d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique » sont supprimés ;

b) Au deuxième alinéa, l'année : « 2010 » est remplacée par l'année : « 2013 » ;

c) À la première phrase du troisième alinéa, les mots : « ou l'établissement public de santé ou la structure de coopération sanitaire mentionnée au premier alinéa » sont supprimés ;

d) Le dernier alinéa est supprimé ;

3° Le sixième alinéa de l'article L. 1615-7 est supprimé.

II. - Le code de la santé publique est ainsi modifié :

1° L'article L. 6148-3 est abrogé ;

2° À l'article L. 6148-4, les mots : « aux articles L. 1311-2 et L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales, lorsqu'elles répondent aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une

structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, celles mentionnées » sont supprimés ;

3° Au premier alinéa de l'article L. 6148-5, les mots : « de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, lorsqu'ils répondent aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique et » sont supprimés ;

4° À la fin du onzième alinéa de l'article L. 6143-1, les références : « aux articles L. 6148-2 et L. 6148-3 » sont remplacées par la référence : « à l'article L. 6148-2 ».

III. - À l'article 119 de la loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008, après le mot : « territoriales, », sont insérés les mots : « dans sa rédaction issue de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ».

b) Caractéristiques nouvelles du BEA valorisation tel qu'issu de la LOPPSI

« D'extensions *ratione personae* en banalisation de son objet, le bail emphytéotique administratif (BEA) connaît ces temps-ci un grand tournant dans son histoire.

Originellement réservé aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics pour des objets précisément définis à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, il vient, en premier lieu, d'être étendu à l'État et aux établissements consulaires pour la simple valorisation de leur bien (CGPPP, art. L. 2341-1, issu de l'article 7 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010) (...) après avoir été institué au niveau national pour les besoins du logement social (L. n° 2009-179, 17 févr. 2009, pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés). (...)

En second lieu et à l'occasion de la « LOPPSI », (...) le législateur a décidé d'ouvrir aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics la possibilité de conclure un BEA pour la restauration, la réparation, l'entretien-maintenance ou la mise en valeur de leurs biens.

Non sans avoir noté que, désormais, seuls les établissements publics de l'État sont exclus du « BEA-valorisation », il importe de retranscrire le texte de l'alinéa 1er de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales tel que modifié par l'article 96 de la LOPPSI :

« 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 cultuelle 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 cultuelle 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 ».

La modification opérée par la LOPPSI a ainsi pour objet d'autoriser l'externalisation, par BEA, de la gestion d'immeubles du domaine privé comme du domaine public des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, dans une logique de valorisation de ce patrimoine.

Jusqu'alors, un tel objet était soumis aux conditions générales du recours au BEA, à savoir « l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public » ou « la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ». Aussi, pour pouvoir être admise, la valorisation du domaine par BEA devait nécessairement constituer une opération d'intérêt général relevant d'une compétence.

Si la compétence ne posait guère de problème tant la qualité de propriétaire conduit à ce que les personnes publiques « gèrent ou font gérer leur domaine public, dans les conditions fixées par les lois et les règlements en vigueur » (CGPPP, art. L. 2123-1), l'intérêt général ne pouvait valablement pas résulter d'une simple volonté d'externaliser la gestion d'un bien immobilier sous couvert de valorisation. En effet, l'intérêt du domaine est dissocié de la notion d'intérêt général et sa seule invocation n'autorise pas une logique d'externalisation qui, ainsi fondée, risquerait de heurter le principe d'indisponibilité des compétences interdisant au maître du domaine de se départir de ses pouvoirs de gestion. De même, la fonction d'intérêt général évoquée à propos de la maîtrise d'ouvrage publique n'est pas de nature à fonder une externalisation tant, d'une part, elle ne concerne pas la même logique et, d'autre part et en tout état de cause, le maître d'ouvrage ne saurait, par principe, s'en départir. Enfin et surtout, il faut avoir à l'esprit, mutatis mutandis, qu'il n'y a travail public en raison d'un objet d'utilité publique que si le travail en cause présente « un intérêt général distinct de la gestion proprement dite du domaine »

(M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Grands arrêts de la jurisprudence administrative : Dalloz, 2009, 17e éd., n° 37. 2). Cette conception a ainsi conduit le Conseil d'État à écarter la qualification de travaux publics pour des travaux exécutés sur un immeuble communal occupé par un service public dépendant d'une autre collectivité publique. La Haute juridiction a en effet retenu, à propos d'une ancienne église faisant partie du domaine privé de la commune de Sarlat que, « si cet édifice est loué par la commune à l'administration des Postes, cette circonstance n'est pas de nature à modifier le caractère [privé] des travaux destinés à l'entretenir en bon état » (CE ass., 13 févr. 1942, Cne Sarlat : Rec. CE 1942, p. 49 ; RDP 1943, p. 349, concl. M. Léonard et obs. R. Bonnard). Au soutien de cette qualification, le commissaire du Gouvernement exposait que les travaux en cause, à savoir la réfection d'une toiture effondrée, n'avaient pas été entrepris pour le fonctionnement du service des Postes et « n'avaient, en réalité, pour objet que la sauvegarde de l'immeuble lui-même, et le fonctionnement du service des Postes n'en a été affecté que par voie de conséquence » (M. Léonard, concl. préc. p. 354), alors que, dans sa note, Bonnard expliquait que « les travaux ne sont pas des travaux publics si l'occupation de l'immeuble résulte d'une location » mais qu'« ils seraient au contraire travaux publics si, au lieu de location, il y avait affectation » (R. Bonnard, obs. préc., p. 349).

Ce détour par la notion de travail public montre ainsi, qu'on le regrette ou non, combien la gestion d'un immeuble domanial ne relève pas d'une opération d'intérêt général et explique l'évolution opérée par la LOPPSI.

Il dévoile également la seconde circonstance justifiant l'adoption du « BEA-valorisation » au profit des collectivités territoriales, celle de biens mis à disposition d'une autre personne publique, le plus souvent l'État, pour les besoins d'une mission de service public ne relevant pas de la compétence de la personne publique propriétaire. En somme, l'hypothèse très courante d'affectation d'un immeuble communal à une mission de service public national, à l'instar d'un bureau de poste ou d'une caserne de gendarmerie.

Conclure un BEA sur un bien communal en vue de permettre l'installation de services relevant d'un service public national présentait une difficulté sérieuse, mais non insurmontable, au regard de l'objet des BEA des collectivités territoriales. En effet, et abstraction faite des objets temporaires et spécifiques mentionnés à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, l'opération, pour être légale, devait nécessairement correspondre à la réalisation d'une opération d'intérêt général (ce dont personne ne doute) relevant de la compétence de la collectivité

propriétaire ce qui, dans une lecture restrictive, pouvait être discuté s'agissant d'une affectation à un service public étatique (en ce sens, cf. le contestable jugement TA Grenoble, 1er oct. 2010, Préfet Drôme : AJDA 2011, p. 511, note P.-A. Rohan et R. Leonetti ; CP-ACCP 2011, n° 108, p. 32, note P. Le Bouedec).

Si l'intervention du législateur permet désormais d'éviter toute interrogation en ces termes, reste, selon nous, que cet obstacle n'était en rien dirimant. En effet, la notion d'opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale doit se comprendre comme déclinant la clause générale de compétence fondant toute action se prévalant d'un intérêt public local notamment issu de la satisfaction des besoins de la population. Dans ces conditions, une commune peut légalement intervenir pour implanter sur son territoire, par exemple, un groupe industriel ou une administration de l'État. C'est en ce sens, retient le Conseil d'État, que la construction d'un bureau de poste, fondant l'initiative d'une expropriation par une commune, constitue une opération répondant directement aux besoins de la population : « l'opération par laquelle la commune construit, en vue de le louer à l'État, un local destiné à recevoir un bureau de poste présente un intérêt communal, des lors qu'elle a pour objet direct de répondre aux besoins de la population de la commune expropriante » (CE, 1er avr. 1977, n° 2445 Grignard). De même, et s'agissant précisément du recours au BEA, il été jugé qu'un tel bail conclu entre une commune et une SCI en vue de réaliser des logements à des prix abordables pour leurs occupants, de redynamiser l'activité commerciale de la commune et de dynamiser la création d'emplois en implantant des administrations de l'État sur le territoire communal, « peut être regardé comme correspondant à une mission d'intérêt général relevant de la compétence de la commune » (CAA Versailles, 27 oct. 2004, n° 02VE02544, Cne Épinay-sous-Sénart : BJCL 2005, n° 3, p. 148).

Clarificatrice, l'évolution textuelle opérée par la LOPPSI était ainsi nécessaire pour la simple externalisation de la gestion d'un bien domanial mais ne saurait être comprise, avançons-nous, comme constituant l'unique fondement de la conclusion d'un BEA en vue de l'affectation d'un bien à un service public national, la logique de la clause générale de compétence permettant déjà ce type de montage dès lors que l'implantation de l'administration étatique sur le territoire communal se justifie en termes d'intérêt public local.

Une fois ces éléments explicatifs posés, l'on peut revenir plus précisément au texte et à l'articulation, peu heureuse, qu'il opère entre les différents motifs de recours au BEA.

La litanie de l'article L. 1311-2 souffre en effet d'un défaut de rédaction. Pour faire simple, schématisons : il est possible de recourir au BEA 1) « en vue de »

(accomplissement d'une mission de service public pour le compte de la collectivité propriétaire), 2) « ou en vue de » (opération d'intérêt général relevant de sa compétence », 3) « ou en vue de » (édifice du culte), 4) « ou en vue de » (enceintes sportives). Dans la même phrase, la nouveauté législative prend la suite et devient le 5e cas général ainsi formulé « 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 ». On l'aura noté, cette 5e hypothèse n'a pas la même construction de rédaction que les précédentes : la formule « en vue de » a disparu. L'ellipse ne serait pas problématique si elle n'était suivie de l'adverbe « leur » : « ou (...) de leur restauration (...) ». Si l'on rattache le 5e cas au début de l'article, l'on obtient ainsi : « un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique (...) [en vue de] leur restauration, de la réparation, de l'entretien maintenance ou de la mise en valeur de ce bien ». En passant d'« un bien » à plusieurs possesseurs de biens (« leur »), la formulation sème le trouble car la pluralité n'est point présente dans l'entame mais se retrouve, en revanche, dans le cas n° 4, celui qui précède la nouveauté, consacré aux « enceintes sportives » et « équipements connexes ». Ou les joies de l'« art » de légiférer par stratification...

Dans sa nouvelle rédaction, qui prolonge d'ailleurs jusqu'en 2013 deux des objets spécifiques et temporaires du BEA tout en soumettant à une évaluation préalable, sous condition de montant de loyer, ceux liés aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales contient un nouvel alinéa au contenu assez édifiant. Il est en effet prévu que « 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 ». Sans qu'il soit besoin de s'étendre sur la formule « le cas échéant » qui laisse tant songeur sur la portée normative de la Loi, disons simplement que le législateur a voulu indiquer que le silence des textes quant au régime de passation des BEA ne saurait se comprendre comme permettant la conclusion de gré à gré de tels contrats. Sans surprise, le régime à appliquer provient des qualifications européennes : publicité et mise en concurrence pour les marchés publics de travaux, publicité pour les concessions de travaux, les concessions de service, les marchés de montants inférieurs aux seuils... et, plus généralement, pour les contrats devant respecter les « règles fondamentales du Traité ». À ce dernier titre, soulignons que la récente jurisprudence Ville de Paris et Association Jean Bouin (CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et n° 338527 : JurisData n° 2010-

022712 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 25, note G. Eckert ; AJDA 2011, p. 21, chron. E. Glaser ; JCP G 2010, 1246, note J.-G. Sorbara ; RLC 2011/26, n° 1737, note G. Clamour) ne préjuge rien de l'application des « règles fondamentales du Traité » lors de la passation des pures conventions d'occupation du domaine public ni, *a fortiori*, des BEA sans travaux mis à la charge de l'emphytéote. »

Source : Contrats et Marchés publics n° 4, Avril 2011, comm. 98, l'extension du « BEA-valorisation » par Guylain CLAMOUR

D. Le rendement contractuel du bail emphytéotique administratif

« Le rendement contractuel du bail emphytéotique administratif

Il s'agira ici de comparer sous l'angle de l'efficacité et du rendement le bail emphytéotique à d'autres techniques conventionnelles susceptibles de le concurrencer. Pour que l'approche soit plausible, ces dernières doivent permettre de réaliser un ouvrage nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public ou d'intérêt général. Il s'agira pour l'essentiel du contrat de partenariat et à un moindre degré de la concession de service public²⁹.

a. Bail emphytéotique administratif versus contrat de partenariat

L'étude du rendement contractuel à laquelle il convient de procéder consiste à mesurer les écarts entre les deux techniques afin de pouvoir confronter leurs avantages et inconvénients respectifs.

Longtemps la différence entre bail emphytéotique et contrat de partenariat était marquée, sous bénéfice parfois d'interprétations contraires à la règle de droit. Le rapprochement de plus en plus étroit entre les deux techniques contractuelles est désormais patent.

Les textes relatifs au bail emphytéotique n'avaient prévu aucune mise en concurrence, sauf l'hypothèse d'une dévolution d'une mission de service public entraînant la passation d'une convention non détachable de délégation de service

²⁹ Sont donc volontairement exclues la concession d'aménagement en ce qu'elle obéit à une autre logique que celle de seule production d'ouvrages publics, la concession de travaux lorsqu'elle est sans objet de service public. Sont également exclus les contrats passés en matière de santé (BER' ou conception réalisation), parce qu'ils sont sectoriels et réservés à l'utilisation des établissements de santé ou de coopération sanitaire, ne pouvant être comparés avec le bail des collectivités locales même lorsqu'elles agissent en matière de santé. Ne sera pas non plus mise en parallèle la concession de service public, parce qu'elle confie obligatoirement l'exécution du service public, ce que ne peut pas faire le bail emphytéotique sans une convention non détachable. Le renforcement en cours de la mise en concurrence du bail emphytéotique (cf infra note 16) posera clairement la question de l'intérêt de procéder par bail assorti d'une convention non détachable

public. Prenant acte du fait que le bail emphytéotique administratif avait pour objet la production d'un ouvrage tendant à la satisfaction de besoins de la personne publique, le juge administratif s'est engagé dans la voie de la mise en concurrence en qualifiant ces contrats de marchés de travaux au sens du droit communautaire³⁰. Et la systématisation de la mise en concurrence selon une procédure spécifique et non plus seulement au regard du droit communautaire est en voie d'achèvement³¹.

De la même manière, les textes d'origine n'avaient prévu aucune évaluation préalable à la passation d'un bail. A été introduite la nécessité de réaliser une évaluation préalable avant le lancement de la procédure d'attribution du bail, dans la mesure où la collectivité entendrait bénéficier de l'éligibilité au FCTVA sur la part de la rémunération versée au cocontractant correspondant à l'investissement, lorsque le montant du bail est inférieur à 10 millions d'euros HT³².

Subsistent des différences significatives, non plus tant du point de vue de la passation que de celui de l'objet et de l'exécution. Du point de vue de l'objet, le contrat de partenariat est probablement plus large que le bail emphytéotique, en prévoyant expressément l'entretien et la maintenance de l'ouvrage, et surtout « des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée³³. Cette possibilité de générer des « recettes annexes » venant en déduction des sommes dues par la collectivité constitue un point fort du contrat de partenariat. Elle n'est pas expressément prévue dans le cas du bail emphytéotique, bien que souvent utilisée. La difficulté tient au fait que bien souvent, ces prestations de services devraient faire l'objet d'un

30 (TA Nice (ord.), 6 décembre 2006, Société Cirmad Grand Sud. BJCP, n°52, p.228, ce qu'ils ne sont pas au sens du droit français, puisque la personne publique n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage.

31 Article 96 du projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure précité modifiant l'article L. 1311-2 du CGCT en disposant que « 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 ».

32 Articles L. 1615-13 et D. 1615-7 du CGCT Cette disposition fait l'objet d'un complément dans le projet de loi précité qui prévoit que « 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 u.11 faudra donc désormais être vigilant dans la passation des baux inférieurs à un seuil, et ceux supérieurs à un autre seuil, mais spécifiques aux services publics régaliens de l'État, ce qui ne va pas faciliter la tâche des utilisateurs de bail. De plus, l'évaluation imposera que l'on justifie de l'éligibilité du bail au regard de l'un des trois critères d'urgence, de complexité, ou d'efficacité, prévus par l'article L. 1414-2 du CGCT

33 Article L. 1414-1 du CGCT

marché public. Ce n'est que dans la mesure où un texte législatif prévoit leur « globalisation » dans un contrat unique de partenariat qu'elles en sont dispensées, à la condition toutefois qu'elles restent accessoires. Or les textes relatifs au bail emphytéotique n'ont jamais conçu un tel contrat comme global.

De la même manière, et sous la réserve qu'il reste majoritairement à la charge de la personne publique cocontractante, le financement du contrat de partenariat par cette dernière ne peut être que partiel, ce qui indique qu'un contrat de partenariat peut servir d'autres besoins d'ouvrage que ceux de la seule personne publique. On notera également qu'un contrat de partenariat peut donner lieu à un « groupement de commandes » entre personnes publiques, ce qui peut être intéressant dans l'hypothèse d'ouvrages accueillant plusieurs activités de service public relevant de la compétence d'autorités différentes. Enfin, le partenaire peut se voir confier le soin d'acquérir les biens nécessaires, y compris par voie d'expropriation.

Du point de vue des dispositions contractuelles et de l'exécution du contrat, on notera simplement que le contrat de partenariat prévoit un certain nombre de clauses obligatoires concernant notamment l'exécution du contrat sur des points extrêmement importants (évolution du contrat, cession de créances, fin anticipée, règlement des différends) posant un encadrement législatif permettant de ne pas trop solliciter le contrat signé.

Le rendement contractuel doit donc bien être recherché non pas du point de vue de la passation, dans la mesure où évaluation et mise en concurrence participent du principe constitutionnel de transparence des procédures en matière de commande publique, mais de celui de l'objet et des contenus contractuels. Cette approche rejoint l'idée que s'agissant du choix d'un mode contractuel, on s'est parfois trop intéressé aux modalités de la passation plutôt qu'à son contenu et à son exécution, et que la tendance s'inverserait. Il n'est cependant pas certain que le maintien de deux schémas possibles pour poursuivre un même but peut être discuté.

b. Bail emphytéotique administratif versus concession de service public

De prime abord, le parallèle entre concession de service public et bail emphytéotique peut paraître incongru. La première confie obligatoirement l'exécution du service public au cocontractant, ce que ne peut pas faire le bail emphytéotique sans une « convention non détachable ». Or cette convention non détachable est soumise à la procédure de délégation de service public. Toutefois, et pour que la comparaison ait un sens, c'est bien le bail assorti d'une convention de service public non détachable

qu'il faut comparer à la concession de service public³⁴. Les différences originelles sont sensiblement les mêmes que celles décrites précédemment, la concession étant soumise à mise en concurrence le bail ne l'étant pas. L'évolution en faveur d'une mise en concurrence de ce dernier sera une atténuation très nette de l'écart entre les deux. Il pourrait poser clairement la question de l'intérêt de procéder par bail assorti d'une convention non détachable, lorsqu'un contrat unique de concession permettrait d'obtenir le même résultat.

Des différences subsistent néanmoins. La concession de service public ne fait l'objet d'aucune obligation d'évaluation préalable, même si en pratique on peut noter une tendance à étudier non seulement sa faisabilité mais encore son intérêt. Surtout, la délégation de service public en général et la concession en particulier relèvent d'une procédure négociée, parce que non constitutive d'un marché public au sens des directives communautaires. Au contraire, le bail est un marché public en droit communautaire, ce qui en général impose de procéder par appel d'offres ou dialogue compétitif dans l'hypothèse où la complexité de l'opération peut être démontrée³⁵.

Quant à l'exécution, on notera que toute modification du contrat de concession est législativement encadrée et qu'elle fait l'objet d'un contrôle du délégant sur le délégataire prévu par les textes³⁶. Cela est-il suffisant pour justifier du maintien de plusieurs techniques concurrentes on peut en discuter. »

Source : Extrait de « *le périmètre du bail emphytéotique administratif* », par Jean-François Sestier, professeur de droit public, Contrats publics n° 108 mars 2011 p.37-38

IV. Contrats de mobilier urbain

A. Nature

« Les contrats de mobilier urbain sont plus proches des marchés publics que des contrats d'occupation du domaine public »

(...) Il faut bien constater que les contrats de mobilier urbain occupent une zone intermédiaire entre les marchés publics et les contrats d'occupation du domaine public, empruntant à chacune de ces catégories certaines de leurs caractéristiques. Dès lors, leur qualification dépend

³⁴ Parce que lorsque le bail emphytéotique est utilisé sans que le service public soit également confié au cocontractant, notamment dans l'hypothèse des services publics régaliens non délégués, toute comparaison avec la concession de service public est inutile puisque cette dernière est interdite

³⁵ Doivent être cependant mentionnés les baux passés en matière d'activité de réseaux, notamment transports, qui relèveraient de la directive n°2004-17 du 31 mars 2004 autorisant la passation en marché négocié après mise en concurrence sans condition de seuils.

³⁶ Article L. 1411-3 du CGCT.

des caractéristiques ou des critères que l'on privilégie : que l'on insiste sur le critère du prix, en particulier sur sa composante de recettes publicitaires, et la balance penche vers les contrats d'occupation du domaine public. Que l'on insiste plutôt sur le critère de l'intérêt général et la balance penche au contraire vers les marchés publics.

Dans la mesure où il s'agit de qualifier les conventions *dans leur ensemble*, il y a cependant lieu de qualifier de marchés publics les contrats de mobilier urbain, bien que ces contrats constituent également, et en partie, des contrats d'occupation du domaine public. Nous estimons en effet que les missions d'intérêt général qu'ont pour objet d'assurer ces contrats empêchent de les assimiler dans leur ensemble à des contrats d'occupation du domaine public.

Par ailleurs, si la logique économique de ces contrats les fait différer des marchés publics habituels en ce que le cocontractant se rémunère, à ses risques, sur des tiers au contrat, la même logique économique oblige à reconnaître que nous sommes bien en face de contrats conclus à titre onéreux permettant de répondre à des besoins de service public et plaide en outre pour une soumission desdits contrats aux règles de la concurrence ainsi que l'a relevé une décision du Conseil de la concurrence en date du 7 juillet 1998, laquelle a condamné la société requérante pour abus de position dominante. A cet égard, relevons que, dans une décision du 30 juin 2005, le Conseil de la concurrence a, pour la première fois, infligé à la société Decaux une sanction pécuniaire d'un montant de 10 millions d'euros pour non-respect des injonctions figurant dans la décision du 7 juillet 1998.

Il va de soi enfin qu'outre le débat juridique qu'il nourrit, l'enjeu de la qualification des contrats de mobilier urbain est avant tout économique puisque, dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, seule la qualification de marché public et la procédure de mise en concurrence préalable semblent de nature à prévenir tout abus de position dominante.

Les contrats litigieux devant être qualifiés de marchés publics, leur conclusion doit donc être précédée de la procédure de mise en concurrence prévue pour la signature des marchés publics.

Le Conseil d'État a confirmé cette analyse au travers de l'exemple significatif JC Decaux.

Par une décision en date du 4 novembre 2005 (*Société Jean-Claude Decaux, n° 247298*) [voir arrêt partiellement reproduit infra], le Conseil d'État a clos, au moins pour un temps, le débat qui s'était cristallisé autour de la qualification des contrats de mobilier urbain en se prononçant pour leur soumission au code des marchés publics et donc à l'obligation de mise en concurrence préalable. Pour

ce faire, le Conseil s'est fondé sur l'objet et le mode de rémunération de ces contrats.

S'agissant de leur objet, après avoir rappelé qu'il comportait aussi l'occupation du domaine public, la Haute juridiction a insisté sur les missions d'intérêt général qu'ont pour objet d'assurer ces contrats, lesquelles empêchent de les assimiler dans leur ensemble à des contrats d'occupation du domaine public. Ces missions d'intérêt général comprennent à la fois l'information des habitants et la protection des usagers des transports en commun. Au fond, en étant la première à conclure des contrats de mobilier urbain, la société Decaux a elle-même créé les besoins d'intérêt général qui justifient maintenant la "requalification" de ses contrats en marchés publics. Ajoutons enfin que l'accent mis sur l'objet du contrat a également permis au Conseil d'État d'écarter la qualification de délégation de service public dans la mesure où la société Decaux ne s'est pas vue confier par la collectivité la prise en charge effective d'un service public.

S'agissant de mode de rémunération du cocontractant de la collectivité, le Conseil d'État a retenu une conception large de la notion de prix en différenciant nettement le paiement du décaissement. Dans la ligne de la jurisprudence communautaire et de la nouvelle rédaction du code des marchés publics qui définit ces marchés comme des "contrats conclus à titre onéreux", le Conseil d'État a relevé que la rémunération de la société Decaux avait deux composantes, une composante "positive" et une composante "négative". En outre, il a précisé et développé la notion de rémunération en s'appuyant sur l'existence d'"avantages consentis à titre onéreux". La première composante est l'autorisation exclusive accordée à la société d'exploiter une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires. A cet égard, le Conseil a considéré que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne faisait pas obstacle à ce que la collectivité valorisât son domaine public, se prononçant ainsi implicitement sur l'argument invoqué par le commissaire du Gouvernement V. Haïm dans ses conclusions sous l'arrêt de la CAA Paris du 26 mars 2002 selon lequel l'abandon de recettes publicitaires ne pouvait en aucun cas être pris en compte dans la mesure où les communes ne peuvent légalement percevoir de telles recettes. Pour le Conseil, ce n'est donc pas la nature financière des recettes qui importe mais leur "fait générateur", à savoir la jouissance par la collectivité, en tant que propriétaire de son domaine public, des fruits de ce domaine. En outre, comme nous l'avons indiqué plus haut, le Conseil d'État a, comme la CAA Paris et à la différence du TA de Cergy-Pontoise, insisté sur l'exclusivité d'exploitation du mobilier urbain à des fins publicitaires, laquelle a évidemment un prix. En se fondant sur cette exclusivité plutôt que sur l'abandon de recettes

publicitaires, la Haute juridiction s'est donc attachée à définir la composante positive de la rémunération de la société Decaux.

La seconde composante de la rémunération de la société est en revanche négative puisqu'elle consiste en l'exonération de redevances d'occupation du domaine public. A cet égard, le Conseil a nettement distingué la notion d'avantage à titre onéreux de la notion de décaissement en considérant que l'octroi d'un tel avantage pouvait fort bien ne pas se traduire par une dépense effective pour la collectivité, c'est-à-dire, plus prosaïquement, par une "sortie d'argent". Nous avons rappelé plus haut que la jurisprudence nationale s'était déjà prononcée en ce sens (cf. *CAA Bordeaux 26.10.2004, n° 01BX00342, Commune de Saint-Joseph*, Contrats et Marchés Publics, février 2005, comm. 32, p. 25). C'est également le cas de la jurisprudence communautaire, la CJCE considérant que lorsque l'administration renonce au recouvrement d'une dette, cela vaut acquittement de la dette et suffit à caractériser l'existence d'un contrat conclu à titre onéreux.

Au total, c'est donc au terme d'une approche résolument réaliste et plus économique que juridique que le Conseil d'État s'est prononcé pour la qualification de marchés publics des contrats de mobilier urbain. Il est également permis de penser que cette approche était "finaliste" en ce qu'il s'agissait de soumettre ces contrats à l'obligation de mise en concurrence préalable dans un contexte marqué par la vigilance croissante du Conseil de la concurrence et la sévérité de la jurisprudence communautaire en matière de pratiques anti-concurrentielles. »

Source : Comment qualifier les contrats urbains ? par Frédéric Dieu, *rapporteur public* près la cour administrative d'appel de Marseille, Editions NET-IRIS

B. Conseil d'État, 4 novembre 2005, n° 247298, Société Jean-Claude Decaux

Sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué :

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 SOCIETE 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 Villeteuse 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 entrainait dans le champ d'application du code des marchés publics ; que pour parvenir à cette conclusion, la cour n'avait pas à rechercher si la fourniture de prestations de service constituait un élément accessoire ou principal de l'objet de ce contrat ; que si elle s'est en outre fondée, pour exclure le caractère de concession domaniale du contrat, sur l'absence supposée de précarité du contrat, ce motif était surabondant ; que le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait ainsi commise la cour ne peut dès lors être utilement invoqué par la société requérante ;

Considérant, en second lieu, qu'il résulte des constatations souveraines opérées par le juge du fond qu'en application de la convention signée entre la commune de Villeteuse et la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX, il appartenait à cette dernière de fournir, d'installer et d'assurer l'entretien d'abribus publicitaires comportant un banc et de mobiliers urbains publicitaires permettant l'affichage de plans ou d'informations municipales ; que ces mobiliers urbains étaient destinés à répondre aux besoins de la commune en matière d'information de ses habitants et de protection des usagers des transports en commun ; qu'en contrepartie des prestations ainsi assurées par la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX, la commune l'a autorisée à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires et l'a exonérée de redevance pour occupation du domaine public ; que la cour a pu juger, sans commettre d'erreur de droit, que l'autorisation et l'exonération ainsi accordées constituaient des avantages consentis à titre onéreux par la commune en contrepartie des prestations fournies par la société alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour la collectivité ; que la cour, en admettant ce caractère onéreux, n'a pas méconnu le principe de la liberté de l'industrie et du commerce qui n'interdisait pas à la commune de valoriser son domaine public ; qu'enfin, par un motif non contesté, la cour a jugé que le contrat n'était pas une délégation de service public faute notamment de prise en charge effective d'un service public par la société contractante ; qu'ainsi, la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX ne peut utilement invoquer à l'encontre de l'arrêt de la cour le moyen tiré de ce qu'une part substantielle de sa rémunération proviendrait des recettes de son activité publicitaire ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

V. Contrats de partenariat résultant de l'ordonnance du 17 juin 2004

A. Caractéristiques du contrat de partenariat

« Introduits en France par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, les contrats de partenariat permettent de confier aux cocontractants de l'administration une mission globale de préfinancement, construction, gestion, le cas échéant, conception et prestation d'autres services relatifs à un ouvrage ou aux équipements nécessaires à l'exercice d'une mission de service public. Ce type de contrat global, inspiré du « *Private Finance Initiative* » (PFI) britannique, a rencontré peu de succès avant 2005, notamment du fait de la mise en place début 2005 seulement de l'organisme expert dont l'intervention est nécessaire. Depuis lors, il est progressivement en train de conquérir sa place, en particulier auprès des collectivités territoriales, même si les opérations que ces dernières envisagent restent généralement de taille modeste.

Le mode de rémunération du titulaire du contrat est déterminé par l'article 1 alinéa 4 de l'ordonnance : « La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant notamment la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et le cas échéant, leur niveau de fréquentation. » Cette rémunération, définie selon un certain nombre de critères, doit distinguer les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement de l'opération et faire apparaître les recettes annexes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer lors de la phase d'exploitation de l'ouvrage ainsi que les motifs et modalités de variation de cette rémunération pendant la durée du contrat.

Le contrat de partenariat se développe essentiellement dans le secteur du bâtiment et des travaux publics (voirie, transports...) et dans le domaine des systèmes d'information et des nouvelles technologies. Le contexte économique et budgétaire actuel lui semble propice du fait à la fois de besoins de financement importants dans les secteurs de la défense, de l'éducation (collèges et universités) et de la sécurité intérieure (locaux de police ou de gendarmerie et prisons), de la complexité croissante des projets et de la disponibilité de fonds privés cherchant à s'investir. Le contrat de partenariat apporte ainsi une réponse juridique supplémentaire au besoin économique d'infrastructures et d'efficacité accrue de l'action publique. »

Source : Conseil d'État, rapport public 2008, *considérations générales « le contrat, mode d'action publique et de production de normes »*

B. La valorisation dans le cadre du contrat de partenariat

(...) « Au confluent du droit des contrats administratifs et du droit administratif des biens, le contrat de partenariat est un instrument de constitution et de valorisation du patrimoine³⁷ des administrations. Le contrat de partenariat présente un premier avantage important pour l'Administration : celui de réunir dans un seul instrument contractuel une grande variété d'obligations, alors que la plupart des autres textes régissant la commande publique visent au contraire à multiplier les contrats en fonction de leur objet ou de la nature des obligations³⁸. Le contrat de partenariat – et, plus généralement, toute forme de partenariat public-privé (PPP)³⁹ – permet à l'Administration de se penser en cliente d'une prestation globale et de long terme, et non en acheteur de multiples prestations (travaux, financement, maintenance, etc.) qu'elle s'efforcera d'intégrer et de gérer elle-même. La réflexion de l'acheteur public change donc de perspective : elle intègre le temps comme paramètre essentiel de décision et de détermination de l'équilibre contractuel permettant à l'Administration d'accroître son patrimoine (a).

Le contrat de partenariat présente un autre avantage significatif par rapport aux autres contrats de la commande publique : il redonne un sens à la liberté contractuelle des personnes publiques. En effet, même érigée en principe général du droit⁴⁰, cette liberté contractuelle n'en est pas moins

³⁷ Au sens usuel du terme, non au sens spécifique du Code du patrimoine.

³⁸ Il en est ainsi notamment de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (séparation des fonctions de maîtrise d'oeuvre et de construction, entre autres) et du Code des marchés publics (obligation d'allotissement, interdiction des paiements différés, interdiction des marchés globaux de construction et de maintenance, etc.).

³⁹ Montages contractuels dits « complexes » car fondés sur l'assemblage de deux ou plusieurs contrats caractérisant un montage « aller-retour » (mise à disposition du terrain d'assiette par la personne publique, prise à bail par l'Administration de l'ouvrage construit par le cocontractant), validés, pour l'essentiel, par un important avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995 (CE, avis, 31 janv. 1995, n° 356960, Grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 2e éd., 2002, n° 33, note E. Fatôme et Ph. Terneyre). Ces montages ont été officialisés et généralisés pour les besoins de l'immobilier de la police et de la gendarmerie (L. 29 août 2002 « d'orientation pour la sécurité intérieure », des prisons (L. 9 sept. 2002 « d'orientation pour la justice »), de la défense nationale (L. programmation militaire 27 janv. 2003) et des hôpitaux (Ord. 4 sept. 2003).

⁴⁰ CE, sect., 28 janv. 1998, n° 138650, Société Borg Warner, CJEG juill. 1998, p. 269, chron. F. Moderne, AJDA 1998, p. 287, RFD adm. 1998, p. 455 ; C. Bréchon-Moulènes, La liberté contractuelle des personnes publiques, AJDA 1998, p. 643.

fortement contrainte, hors le cadre des PPP, par les textes de droit commun de la commande publique précités. Non seulement le contenu du contrat de partenariat est relativement peu contraint (au regard d'un marché public classique), mais encore sa procédure habituelle d'adoption – le dialogue compétitif – permet de procéder à une élaboration conjointe entre l'Administration et les candidats. Cette relative liberté contractuelle permet également d'envisager le contrat de partenariat comme outil de valorisation du patrimoine de l'Administration (b).

a. Constitution et gestion du patrimoine des personnes publiques par le contrat de partenariat

La gestion des biens⁴¹ de l'Administration n'est généralement pas fondée sur une réflexion patrimoniale. Même si le code général de la propriété des personnes publiques, entré en vigueur le 1er juillet 2006, comporte désormais des dispositions incitant à une telle approche de la part des gestionnaires publics, leur logique de base reste axée sur l'utilisation à court terme des biens et résulte de la distinction opérée entre le propriétaire, le gestionnaire, l'affectataire et l'utilisateur du domaine public. Ceci est particulièrement vrai pour l'État, chacune de ces fonctions pouvant être assumée par quatre administrations différentes sous l'égide lointaine de France Domaine. Les catégories juridiques du droit domanial et l'organisation de l'Administration l'emportent sur la logique économique. Les rapports critiquant la gestion immobilière de l'État ne se comptent plus⁴² et l'affaire de l'immeuble de l'Imprimerie nationale reste dans toutes les mémoires⁴³.

À défaut d'apporter une réponse au problème du stock, le contrat de partenariat permet un traitement patrimonial rationnel du flux de nouvelles constructions ou de réhabilitation des immeubles de l'Administration. C'est en effet la personne publique cocontractante (ou le ministère concerné au sein de l'unique personne morale étatique) qui supportera le versement périodique de la rémunération du titulaire du contrat de partenariat et qui gèrera ce contrat. L'Administration devra raisonner non pas seulement en termes de coût d'acquisition mais surtout en coût de possession de long terme (1), ce qui lui permettra ensuite d'articuler au mieux les différents régimes

juridiques des biens permis par le contrat de partenariat (2).

1. Coût de possession de long terme

Le contrat de partenariat n'est pas un contrat ordinaire de la commande publique. L'Administration ne peut y recourir qu'au terme d'une évaluation préalable dont le principe et les modalités sont fixés par l'ordonnance du 17 juin 2004 (art. 2 ; CGCT, art. L. 1414-2) et qui est destinée à comparer la solution du recours au contrat de partenariat à la formule de droit commun que constitue la maîtrise d'ouvrage publique. Dans sa dernière formulation issue de la loi du 28 juillet 2008, cette évaluation comporte « une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global⁴⁴ hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable ». La méthodologie applicable est fixée par les organismes experts⁴⁵ en ce qui concerne l'État et par le ministre chargé de l'Économie s'agissant des collectivités territoriales. La méthodologie développée par la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP) est fondée sur une comparaison des valeurs actuelles nettes des coûts en maîtrise d'ouvrage publique, d'une part, et en contrat de partenariat, d'autre part. Le taux d'actualisation retenu est le taux de financement de la personne publique⁴⁶.

Dès le stade de l'évaluation préalable, la personne publique est donc invitée à une comparaison de coûts complets, prenant en compte la répartition des risques, sur l'ensemble de la durée de construction et d'exploitation projetée de l'ouvrage. (...)

2. Régime des biens en contrat de partenariat

La combinaison des dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004 et du nouveau droit des propriétés publiques offre une grande latitude dans la détermination du régime des biens par le contrat de partenariat⁴⁷, qu'il s'agisse du terrain d'assiette ou

⁴¹ On ne traitera ici que des biens immobiliers.

⁴² V. en dernier lieu le rapport de la mission d'évaluation et de contrôle de la commission des Finances de l'Assemblée nationale (n° 923) du 4 juin 2008 et le rapport public de la Cour des comptes pour 2008, p. 591 et s.

⁴³ Situé 27, rue de la Convention à Paris, l'immeuble avait été vendu par l'Imprimerie nationale à un investisseur privé pour la somme de 85 millions d'euros en 2003 et racheté par l'État à ce même investisseur, après travaux (évalués à 100 millions), pour 325 millions d'euros en 2007.

⁴⁴ Le coût global (des offres) se définit comme « la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, les prestations de services prévus sur la durée du contrat » (Ord. 17 juin 2004, art. 8, I, al. 2 ; CGCT, art. L. 1414-9, I, al. 3).

⁴⁵ Notamment la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat créée par le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004.

⁴⁶ V. www.ppp.bercy.gouv.fr/

⁴⁷ V. notamment Y. Gaudemet, *Contrat de partenariat et domaine public*, in Mélanges J. Morand-Deville, Montchrestien, 2008, p. 539 ; E. Fatôme et L. Richer, *Contrat de partenariat immobilier : réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages*, CP – ACCP, sept. 2004, p. 24.

de l'ouvrage à construire⁴⁸. Le régime des biens s'entend à la fois du classement ou non dans le domaine public⁴⁹ et de la qualité de propriétaire ou de locataire de l'Administration. Pour mémoire, l'article 4 du décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 indique que « *lorsque le contrat de partenariat emporte occupation du domaine public de l'État, les conditions de cette occupation sont déterminées selon les mêmes modalités que pour une concession de service public* ». Cette disposition semble traduire l'embaras du rédacteur devant la page blanche car elle n'a que peu de sens. En effet, les biens de retour des concessions appartiennent *ab initio* à la personne publique concédante, ce qui ne sera que très rarement le cas dans l'hypothèse des contrats de partenariat (V. *infra*, 1°, b).

2.1. Domaine public, domaine privé et biens privés

2.1.1. Terrain d'assiette

Le schéma le plus simple et le plus couramment pratiqué consiste, pour la personne publique, à mettre à disposition du titulaire du contrat de partenariat l'assiette foncière. Celle-ci appartient le plus souvent à son domaine public, au moins si elle y est entrée dans le passé et en l'absence de décision de déclassement car, par sa seule nature, depuis le nouveau code général de la propriété des personnes publiques, un terrain nu non ouvert au public n'appartient pas au domaine public⁵⁰. (...)

2.1.2. Ouvrage

Alors que le régime de la propriété privée sera l'exception pour le terrain d'assiette, il sera la règle pour l'immeuble construit, au moins sous sa forme très atténuée que constituent les droits réels sur les ouvrages construits par l'occupant privatif du domaine public.

⁴⁸ Le contrat de partenariat permet bien d'autres choses que la construction d'immeubles puisqu'il peut aussi ou alternativement porter sur des équipements ou des biens immatériels, mais on se concentrera ici sur les opérations de construction qui représentent d'ailleurs l'essentiel des opérations engagées à ce jour en contrat de partenariat : v. www.ppp.bercy.gouv.fr/ListeProjetsExtractBOAMP.pdf.

⁴⁹ L'appartenance au domaine public des biens affectés au service public n'est jamais constitutionnellement obligatoire, seule l'est la soumission de ces biens à un régime préservant la continuité du service public : Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, Entreprise nationale France Télécom ; Cons. const., 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, loi relative aux aéroports. En revanche, tout contrat de partenariat doit naturellement respecter les dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques auxquelles l'ordonnance du 17 juin 2004 ne déroge pas.

⁵⁰ Le Code général de la propriété des personnes publiques a entendu supprimer la domanialité publique « virtuelle » (CE, 6 mai 1985, nos 41.589 et 41.699, Association Eurolat, AJDA 1985, p. 620, note E. Fatôme et J. Moreau), c'est-à-dire l'entrée immédiate dans le domaine public de biens affectés à un service public et destinés, dans le futur, à faire l'objet d'un aménagement spécial (désormais « indispensable » : art. L. 2111-1).

[Sur la question des droits réels appliqués aux contrats de partenariat, voir *infra* en partie b.]

2.1. Administration propriétaire ou locataire

Lorsqu'elle lancera la procédure de mise en concurrence, la personne publique devra avoir arrêté sa position quant au régime du terrain d'assiette et à celui de l'ouvrage à construire. Le plus souvent, l'Administration souhaitera être propriétaire de l'immeuble construit, soit parce qu'elle y verra un intérêt patrimonial, soit parce que l'immeuble envisagé ne pourra avoir d'utilisation alternative en fin de contrat (prison, stade, etc.). Au demeurant, même si l'ouvrage peut avoir une utilisation sur le marché secondaire (bureaux, par exemple), le risque de valeur résiduelle est peu absorbable par le marché. Les candidats devront couvrir le risque de non-relocation, par exemple en le provisionnant partiellement dans leurs coûts et donc dans la redevance de partenariat, et en allouant au projet une part plus importante de fonds propres (et, symétriquement, une part moins importante de dette), ce qui renchérit également le coût du contrat pour la personne publique. Le seul cas dans lequel le surcoût peut être évité ou fortement réduit est celui dans lequel le titulaire du contrat, dès la signature de celui-ci, a déjà trouvé un preneur à bail de l'ouvrage au terme de son utilisation par la personne publique. (...)

b. Valorisation du patrimoine des personnes publiques dans le cadre du contrat de partenariat

La vocation patrimoniale du contrat de partenariat ne s'arrête pas à la constitution ou l'amélioration du patrimoine de la personne publique. Elle va jusqu'à la valorisation de celui-ci et peut prendre deux formes : outre l'utilisation de l'ouvrage par le titulaire du contrat à des fins privées (1), ce dernier peut également contribuer à valoriser les emprises domaniales de la personne publique (2). Dans les deux cas, les recettes procurées par cette valorisation doivent permettre de réduire le coût net de l'ouvrage pour la personne publique.

1. Utilisation mixte de l'ouvrage construit

Dès sa rédaction d'origine, l'ordonnance du 17 juin 2004 avait prévu que le titulaire du contrat de partenariat pouvait être autorisé à exploiter l'ouvrage objet du contrat « *pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante* » (Ord. 17 juin 2004, art. 11, d ; CGCT, art. L. 1414-12, d). En fonction de l'objet du contrat de partenariat, il peut s'agir par exemple de l'organisation de visites privées d'un musée, de séminaires dans un amphithéâtre, de commercialisation de capacités excédentaires de fibres optiques d'un réseau de communications électroniques, etc.

Les recettes correspondantes ont été qualifiées d'« annexes » par la pratique alors que le texte lui-même n'emploie pas cet adjectif. Il n'existe, en théorie, pas de limite quantitative ni qualitative aux recettes improprement qualifiées d'annexes : le texte ne les limite pas et l'entreprise titulaire du contrat n'est pas soumise au principe de spécialité de la personne publique. Un cas d'école permet d'illustrer ce propos : si un milliardaire capricieux est prêt à payer une fortune pour l'utilisation privative d'un musée pour une seule soirée, le paiement correspondant peut être encaissé par le titulaire du contrat sans obstacle juridique. Naturellement, ce n'est qu'un cas d'école : les recettes annexes ont fait rêver et continuent à faire rêver à l'autofinancement, mais statistiquement, les contes de fées se réalisent assez peu. Dans la pratique, c'est l'affectation de l'ouvrage au service public qui limitera, par nature, les possibilités de recettes annexes au titre de l'utilisation privative. Le contrat de partenariat aura obligatoirement prévu le traitement de ces recettes annexes au titre de la rémunération du titulaire. Toutes les formules sont ici envisageables, la plus couramment pratiquée étant le partage de ces recettes entre le titulaire et la personne publique, souvent par paliers. La captation de l'intégralité des recettes annexes par la personne publique n'est pas souhaitable car le titulaire n'aura aucun intérêt à les développer. De la même manière, la pratique des demandes d'engagement ferme des candidats sur un niveau minimum de recettes annexes est souvent contre productive : le risque correspondant sera au moins partiellement provisionné dans le modèle financier des candidats, ce qui renchérit mécaniquement le montant de la redevance demandée au titre du contrat. Contrairement à une délégation de service public, le titulaire du contrat de partenariat ne bénéficie d'aucune autonomie de gestion de l'ouvrage et ne peut raisonnablement développer de politique « commerciale ». Il n'en reste pas moins que la possibilité d'utilisation de l'immeuble construit pour les besoins de la personne publique à des fins privées constitue une avancée importante en termes de gestion patrimoniale des biens affectés au service public.

2. Valorisation des emprises domaniales

Un autre aspect important de valorisation du patrimoine des personnes publiques consiste à s'intéresser aux emprises domaniales entourant l'ouvrage objet du contrat de partenariat. L'enjeu de maîtrise de l'espace urbanisé se conjugue ici avec l'enjeu financier dans une problématique complexe : la présence d'un équipement public structurant peut valoriser l'espace adjacent mais, inversement, c'est quelquefois l'espace adjacent qui contribuera au développement de l'équipement public. C'est notamment le cas des stades, partout à travers le monde. Lors des débats sur la loi du 28 juillet 2008,

l'exemple du contrat de partenariat sur le Grand Stade de Lille Métropole a souvent été évoqué. La loi du 28 juillet 2008 a donc encore accru les possibilités de recettes annexes, mais dans des conditions telles qu'elle crée plus d'incertitudes qu'elle n'en lève.

2.1. Apport de la loi du 28 juillet 2008

L'article 8, d, de l'ordonnance modifiée (CGCT, art. L. 1414-12, d) indique désormais que la rémunération du titulaire prend en compte, « le cas échéant, les 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 et qui ne leur portent pas préjudice [...] ». On retrouve, sous une forme légèrement modifiée, l'utilisation mixte, publique et privée, de l'ouvrage construit, évoquée plus haut, mais surtout, on relève la possibilité d'exploiter le domaine de la personne publique à des fins privées. Cette possibilité a été consacrée par un ajout à l'article 13, I, de l'ordonnance (CGCT, art. L. 1414-16, al. 2), fort mal rédigé, qui mérite une analyse détaillée. Le texte commence comme suit : « Si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat, cette dernière procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public ». Cette première phrase du texte est purement confirmative et ne crée pas de droit. En effet, le contrat de partenariat, s'il emporte occupation du domaine public, vaut autorisation d'occupation privative de ce domaine (Ord. 17 juin 2004, art. 13, I ; CGCT, art. L. 1414-16). Or l'occupation privative ne s'opère pas sans objectif de valorisation, sinon elle n'a pas de raison d'être. Quant à la délimitation du domaine public et du domaine privé, elle résulte de la définition même de ces deux domaines fournis par le code général de la propriété des personnes publiques, et des procédures de classement et de déclassé en vigueur, à la disposition des propriétaires du domaine. Le texte poursuit : « La personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée ».

Cette seconde phrase défie la logique juridique la plus élémentaire. Elle commence par une « autorisation » donnée par la personne publique au titulaire du contrat de partenariat de consentir lui-même des baux de droit privé sur le domaine privé. Mais encore faudrait-il que le titulaire soit lui-même locataire du domaine privé. Il faudrait donc que la personne publique, après avoir procédé à sa délimitation, consente des baux de droit privé au

titulaire pour que lui-même puisse ensuite sous-louer. Mais, comme le texte n'évoque pas, à ce stade, ces baux « amont » permettant les baux « aval », on pourrait en déduire que c'est le contrat de partenariat lui-même qui comporte ces baux. Or le contrat de partenariat est un contrat administratif par détermination de la loi (Ord. 17 juin 2004, art. 1er, I ; CGCT, art. L. 1414-1, I) et on se trouverait donc en présence d'un contrat administratif autorisant l'occupation du domaine privé. Une telle interprétation est heureusement rendue impossible par la phrase suivante du texte qui indique que : « L'accord de la personne publique doit être expressément formulé pour chacun des baux consentis au titulaire du contrat de partenariat » : « au » titulaire et non pas « par » le titulaire. Il existe donc bien des baux « amont », séparés du contrat de partenariat, permettant au titulaire la conclusion de baux « aval ». Ces contrats distincts du contrat de partenariat sont seuls de nature à permettre au titulaire de trouver des preneurs pour les baux « aval » qui ne seront pas affectés par les vicissitudes de l'exécution du contrat de partenariat lui-même. En effet, un investisseur hôtelier, par exemple, n'acceptera pas de conclure un bail à construction avec un bailleur (le titulaire du contrat de partenariat) dont les droits sur la parcelle considérée dépendront du bon entretien de l'ouvrage qu'il a construit, voire d'une absence de résiliation pour intérêt général ou de nullité du contrat de partenariat. Mais outre cette inversion textuelle illogique (la troisième phrase aurait dû précéder la seconde), il était inutile de mentionner la nécessité de « l'accord de la personne publique » puisqu'il faut être au moins deux pour signer un contrat. Par ailleurs, tant en ce qui concerne l'État que les collectivités territoriales, tout comme pour la délimitation du domaine public et du domaine privé, les procédures de conclusion de tels contrats sont déjà organisées par les textes⁵¹. La quatrième et dernière phrase indique que : « Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat ». Sur le fond, cette question de la durée est essentielle pour donner un effet utile au texte, car le titulaire d'un bail à construction, notamment, ne peut amortir son immeuble que sur la durée fiscalement admissible de ses composants dont les plus importants (le bâtiment lui-même) ont une durée d'utilisation (de trente à cinquante ans) très supérieure à la durée de la plupart des contrats de partenariat. Sur la forme, outre la remarque précédente sur « l'accord de la personne publique », également valable ici, il faut relever que les baux « amont » étant des contrats distincts du contrat de partenariat, ils peuvent nécessairement être d'une

durée distincte et cette précision était donc superflue.

2.2. À la recherche de l'intention du législateur et du Conseil constitutionnel

À l'origine de ce salmigondis législatif, on trouve l'intention du Gouvernement de consacrer, dans le texte de l'ordonnance, une pratique qui avait commencé à se développer de valorisation des emprises domaniales adjacentes au terrain d'assiette de l'ouvrage public objet du contrat de partenariat. Le texte gouvernemental n'était pas beaucoup plus logique que le texte adopté et il était plus restrictif en ce qu'il limitait la durée des baux à celle du contrat de partenariat⁵². Au Sénat, le rapporteur de ce texte devant la commission des Lois avait proposé, d'une part, de dissocier la durée des baux de celle du contrat et, d'autre part, d'autoriser expressément la cession de biens du domaine privé au titulaire du contrat, le cas échéant en assortissant cette cession en pleine propriété d'un cahier des charges fixant les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales, sur le modèle du dispositif applicable dans les zones d'aménagement concerté (C. urb., art. L. 311-6). Cette démarche, allant dans le sens d'une valorisation optimale des emprises domaniales, avait été suivie par sa commission et par la Haute Assemblée elle-même qui avait en conséquence adopté un texte plus ambitieux, quoique comportant les mêmes vices logiques d'origine⁵³. Les choses se sont gâtées à l'Assemblée nationale. Dans un contexte de critique politique de « *la satisfaction des intérêts des grands groupes de BTP* »⁵⁴, les députés, dont la commission des Lois avait

⁵² Projet de loi n° 211 enregistré au Sénat le 13 février 2008, art. 11, modifiant l'article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004 : « Si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser le domaine sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement, la personne publique procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public. Le titulaire peut consentir des baux dans les conditions du droit privé, notamment des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, sous réserve de l'accord de la personne publique et pour autant que la durée de ces baux n'excède pas celle du contrat de partenariat ».

⁵³ Sénat, rapport n° 239, déposé le 26 mars 2008 par M. L. Béteille, et projet de loi n° 66 adopté par le Sénat le 2 avril 2008, art. 8 : « Si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser le domaine sur lequel est édifié l'ouvrage ou l'équipement, la personne publique procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public. La personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat. Si la personne publique cède au titulaire des biens appartenant à son domaine privé, celui-ci peut à son tour les céder à un tiers. La personne publique peut alors exiger que la cession fasse l'objet d'un cahier des charges fixant les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales applicables ».

⁵⁴ AN, 1re séance publique, 26 juin 2008.

⁵¹ CG3P, art. L. 2221-1 (toutes personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 de ce code) ; CGCT, art. L. 2122-21 et L. 2241-1 et s. (communes), L. 3213-1 et s. (départements), L. 4221-4 (régions).

dans un premier temps voulu préciser que la valorisation domaniale pouvait porter sur des emprises non adjacentes à l'ouvrage objet du contrat de partenariat⁵⁵, ont finalement cherché un compromis, ont confondu la cession de biens et la cession de baux et ont abouti au texte analysé plus haut. La loi dans son ensemble ayant été adoptée conforme par le Sénat, le texte est devenu définitif. Saisi par les parlementaires d'opposition, le Conseil constitutionnel a eu à se pencher sur le sujet et, comme toujours en matière de contrats de partenariat⁵⁶, il n'a pas déçu ses lecteurs attentifs⁵⁷. Le Conseil a logiquement repoussé les moyens tirés de la protection des propriétés des personnes publiques et du bon emploi des deniers publics puisque la contrepartie de la valorisation domaniale autorisée a bien été prévue au titre de la rémunération du titulaire. En revanche, son considérant 28 laisse perplexe : « Considérant [...] que les autorisations données par la personne publique en application des dispositions contestées, ainsi que les baux et droits 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 ».

Toute révérence gardée, il semble que les sages de la rue de Montpensier aient perdu de vue ce principe simple selon lequel on ne peut consentir plus de droits que l'on en détient soi-même. En effet, pour pouvoir consentir des baux « aval » (titulaire/investisseur) d'une durée plus longue que le contrat de partenariat, les baux « amont » (personne publique/titulaire) seront eux-mêmes nécessairement plus longs. Dans les deux cas, il s'agira, comme on l'a vu, des contrats distincts du contrat de partenariat, qui obéiront à leur propre régime de droit privé. En indiquant que les baux en question sont « accessoires » au contrat de

partenariat (qu'est-ce qu'un contrat de droit privé accessoire à un contrat administratif ?), et qu'ils ne pourront excéder la durée de contrat de partenariat, le Conseil constitutionnel pourrait avoir privé d'effet la dernière phrase du texte ajouté au I de l'article 13 de l'ordonnance selon laquelle : « Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat ». Mais faut-il voir dans le considérant précité une réserve d'interprétation ayant une telle portée ? Ce serait certainement le cas si la base constitutionnelle avait été évoquée par le Conseil, mais on n'en trouve pas trace. Au demeurant, il semble bien qu'une grande incompréhension ait entouré le mécanisme prévu par l'article en question. Lorsque l'on parle de valorisation par le titulaire du contrat de partenariat, il faut bien se représenter que, dans la plupart des cas, ce n'est pas lui qui va construire hôtels, logements, boutiques ou restaurants en périphérie de l'ouvrage objet du contrat de partenariat. Ce sont des investisseurs spécialisés auxquels il louera les parcelles du domaine privé dont il aura lui-même reçu la jouissance. Et il ne pourra le faire que si le titre l'habilitant à occuper le domaine privé lui permettra de délivrer des droits suffisamment protecteurs pour décider ces investisseurs, ce qui suppose nécessairement des baux de droit privé emportant transfert de droits réels (de vrais droits réels, ceux-là), tels que le bail emphytéotique ou le bail à construction. Il ne pourra aussi le faire que si ces baux ne sont liés ni de près ni de loin à la vie du contrat de partenariat car aucun investisseur ne prendra le risque de voir son propre bail résilié parce que la température des vestiaires du stade était mal réglée par le titulaire du contrat de partenariat. Si le Conseil constitutionnel avait écrit qu'à l'issue du contrat de partenariat ces baux (les baux « amont ») seraient transférés à la personne publique, on aurait pu en déduire que les preneurs finaux (titulaires des baux « aval ») avaient simplement un nouveau bailleur. Mais la décision indique que ces baux « et ces droits » sont transférés à la personne publique à l'issue du contrat de partenariat. Or les droits ont déjà été transmis via un bail à construction, un bail emphytéotique, voire un bail commercial au preneur final et pour une durée plus longue que le contrat de partenariat. Paradoxalement, en l'absence de texte, la situation était plus claire : les personnes publiques engagées dans une procédure de passation d'un contrat de partenariat pouvaient parfaitement utiliser les outils de la gestion domaniale, surtout de leur domaine privé⁵⁸, pour rendre leur projet plus cohérent en termes de maîtrise de l'espace et d'économie globale. À notre sens, elles le peuvent

⁵⁵ AN, rapport n° 967 déposé le 18 juin 2008 par M. C. Goasguen.

⁵⁶ Depuis la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; Y. Gaudemet, Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique, BJCP 2004, n° 36, p. 331 ; E. Fatôme et L. Richer, Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la commande publique et de la domanialité publique, AJDA 2003, p. 2348 ; F. Linditch, Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel, Contrats marchés publ. 2003, chron. 18.

⁵⁷ Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC.

⁵⁸ Y compris par la vente de parcelles du domaine privé, comme le Sénat l'avait prévu : on ne voit pas que la loi puisse empêcher les collectivités territoriales de disposer de leurs biens, sauf à violer le principe de libre administration.

toujours mais, dans la pratique, les personnes publiques vont lire « en creux » le nouvel article 13, I, de l'ordonnance (CGCT, art. L. 1414-16, al. 2) et en déduire qu'elles ne peuvent pas faire autre chose que ce qui est prévu. Or, par les efforts *conjugués du Gouvernement, du Parlement et du Conseil constitutionnel, ce texte est aujourd'hui lourd d'incertitudes. Il faut le réécrire.

Source : *Patrimoine des personnes publiques et contrat de partenariat*, par Philippe Delelis in Dossier le patrimoine des personnes publiques, LamyLine Droit et Patrimoine.

Partie II : Point sur la problématique de la constitution de droits réels sur le domaine public

La problématique de la constitution de droits réels sur le domaine public est centrale dans l'étude de la valorisation par les autorités publiques de leurs propriétés. Longtemps exclue sur le fondement du principe d'inaliénabilité, la constitution de droits réels limités s'est avérée nécessaire dans une optique d'incitation du partenaire privé à coopérer avec les autorités publiques pour la construction, la rénovation, l'entretien, ou toute action destinée à valoriser une propriété publique.

Juridiquement, **la constitution de droits réels sur le domaine public entraîne nécessairement un démembrement préalable de propriété** : le droit réel constitué sur tel bien immobilier public confère nécessairement au partenaire privé un droit de propriété sur ce même bien ou domaine, limité dans son usage et dans le temps.

Dans cette optique, valorisation par contrat et cession de propriétés publiques partagent le point commun d'engendrer un transfert de propriété, limité et temporaire dans le premier cas, intégral et définitif, dans l'autre.

Cette deuxième partie s'attache à établir une présentation chronologique et logique de la problématique de la constitution de droits réels, notamment depuis l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques.

Si le CG3P s'attache à préciser et étendre les possibilités de valorisation de l'État, des collectivités territoriales, celui-ci n'établit pas un régime commun ou même général, justifiant certaines **critiques émises** par une partie de la doctrine et des praticiens.

I. L'état du droit avant le CGPPP : le principe d'inaliénabilité du domaine public emporte l'interdiction de constituer des droits réels sur celui-ci

« Permettre que le domaine public puisse être grevé, au profit de tiers, de droits réels, tels que le droit d'usufruit, d'emphytéose, ou les servitudes, serait permettre un démembrement du droit de propriété dont il fait l'objet, et par la suite une aliénabilité partielle du domaine public.

En conséquence, les clauses contractuelles conférant un droit réel sur une dépendance du domaine public sont nulles (**CE 6 mai 1985, Assoc. Eurolat**).

Mais, bien entendu, il peut en aller autrement en vertu de la loi. C'est ainsi que, en l'état actuel du droit, on se trouve en présence de deux, très notables, dérogations législatives, ouvrant, l'une (en 1988) aux collectivités locales (et à leur établissements publics), l'autre (en 1994) à l'État (et à ses établissements publics), la possibilité de consentir, dans certaines conditions, à la création temporaire de droits réels sur leur domaine public.

Est ainsi de nouveau illustrée une tendance qui va dans le sens de l'assouplissement, ou du contournement, des contraintes de la domanialité publique, de façon qu'elles ne soient plus un obstacle à une exploitation économiquement intéressante du domaine public, ou, en un mot, à sa valorisation ».

Source : R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 2, n° 508

II. Enjeux avant le CG3P

La disposition de droits réels sur le domaine public est susceptible d'intéresser, d'une part, les occupants privatifs de celui-ci, titulaires d'une autorisation temporaire d'occupation et qui développent une activité économique, supposant souvent des charges d'investissement, et, d'autre part, les « voisins » du domaine public surtout lorsque leurs propriétés sont imbriquées dans des dépendances domaniales, comme c'est le cas dans les « opérations complexes » d'aménagement urbain actuelles ; les rapports de voisinage qui s'établissent alors entre les fonds privés et le domaine public passent normalement par un réseau de servitudes réelles réciproques.

Les occupants domaniaux et les propriétaires voisins tributaires du domaine public réclament des garanties de stabilité et des possibilités de financement dont la reconnaissance de droits réels sur le domaine est l'instrument privilégié.

Source : Yves Gaudement, *Droit administratif des biens*, Tome 2, pp. 172 et suiv.

Décision n° 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

« 1. Considérant que les députés, auteurs de la saisine, défèrent au Conseil constitutionnel l'ensemble de la loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public ; qu'à l'appui de leur saisine, ils font valoir que l'article 1er de cette loi dont ne seraient séparables ni l'article 2 ni l'article 3, méconnaît à la fois le principe, selon eux, à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 34 de la Constitution ; qu'à cet effet en premier lieu ils affirment que le principe de l'inaliénabilité du domaine public, règle protectrice qui trouve sa raison d'être, s'agissant du domaine public artificiel, dans le service du public, tire sa valeur constitutionnelle "de toute la tradition juridique française et notamment de la tradition républicaine)" ; que ce principe interdit la constitution de droits réels à un autre titre que l'exercice d'une mission de service public ; qu'en deuxième lieu ils prétendent que la loi a pour conséquence, s'agissant de dépendances du domaine public qui ont pu y être préalablement incorporées par la voie de l'expropriation, de méconnaître la nécessité publique exigée à cette fin par l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'en troisième lieu ils soutiennent que contrairement aux prescriptions de l'article 34 de la 2. Constitution, la loi ne comporte pas les garanties légales nécessaires à la défense de l'intérêt public et ne fixe pas avec une suffisante précision les règles protectrices de la domanialité publique non plus que celles qui sont applicables aux transferts de propriété immobilière du secteur public au secteur privé qu'elle organise ;

2. Considérant d'une part qu'il incombe au législateur lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté ;

3. Considérant d'autre part que les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ; qu'elles font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté ; qu'il revient au législateur d'y veiller, dès lors qu'il est compétent, en vertu de l'article 34 de la

Constitution, pour fixer les règles concernant les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ainsi que pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels ;

4. Considérant que l'article premier de la loi crée, au chapitre premier du titre premier du livre II du code du domaine de l'État, une section 3 intitulée "Occupations constitutives de droits réels" composée des articles L. 34-1 à L. 34-9 ; que ce dernier article exclut de son champ d'application le domaine public naturel ; que l'article L. 34-8 inclut en revanche les établissements publics de l'État tant pour le domaine public de l'État qui leur est confié que pour leur domaine propre ; que toutefois l'article L. 34-4 subordonne cette application à la décision de l'État lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public ;

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 ; (...) »

III. Les droits réels sur le domaine public : l'apport du CG3P

« La possibilité de démembrement de ce droit de propriété : les droits réels sur le domaine public.

La clarification de la question des droits réels par l'ordonnance. (...) L'ordonnance du 21 avril 2004 [a repris, clarifié et systématisé] le question, par ailleurs si débattue et controversée, des droits réels sur le domaine public.

Ces droits réels ne sont en effet pas, à proprement parler, des droits réels sur le domaine public, mais des droits réels sur une propriété publique, des droits démembres de cette propriété, avec cette caractéristique particulière que ladite propriété, en raison de son affectation, relève d'un régime de domanialité publique, lequel emporte certaines contraintes dans l'exercice des attributs de la propriété.

Cette analyse, cette présentation est celle du nouveau code. Avec elle, un pas considérable est franchi qui condamne définitivement l'assimilation de la domanialité publique à un régime de propriété. Toute la « nouvelle » réglementation des droits réels en découle. Elle permet la valorisation du domaine public et ceci, désormais, dans des conditions de meilleure sécurité juridique.

A. Inaliénabilité et constitution de droits réels

(...) Les rédacteurs du code ont compris que l'inaliénabilité du domaine public a une fonction précise, celle de protéger l'affectation du bien et d'assurer, tant que celle-ci demeure, la maîtrise de la collectivité propriétaire sur le bien pour servir cette affectation. L'affectation - a-t-on souligné - est la mesure de l'inaliénabilité ; là où cessent les besoins de l'affectation, là doivent être bornées les exigences de l'inaliénabilité ; ou encore, pour dire les choses autrement, cette inaliénabilité est d'abord fonctionnelle, et « foncière » seulement par

ses conséquences.

S'agissant des droits réels sur le domaine public, tant ceux consentis aux occupants domaniaux que ceux reconnus aux voisins du domaine public, cela signifie que doivent être interdits, au nom du principe d'inaliénabilité, non pas toute espèce de droits réels sur le domaine, mais uniquement ceux qui, contrariant l'affectation, seraient réputés incompatibles avec celle-ci. Et c'est bien ainsi qu'il en est désormais.

B. Inaliénabilité et affectation à l'utilité publique

Le nouveau code rétablit la vérité des choses et part du principe que l'inaliénabilité du domaine a pour fonction - et pour mesure - l'affectation à l'utilité publique qui caractérise celui-ci. Dès lors donc que la reconnaissance de droits réels, de la nature du droit de propriété, à des occupants domaniaux ou à des tiers ne contrarie pas l'affectation, mais au contraire, souvent, la complète et permet la valorisation du domaine, elle doit être considérée avec faveur, c'est-à-dire reconnue dans son principe et clairement réglée dans ses modalités.

C'est le cas pour les droits réels désormais formellement reconnus à des tiers, voisins du domaine public, pour l'établissement de servitudes réelles sur celui-ci. Le nouvel article L. 2122-4 du code dispose : « des servitudes établies par conventions passées entre les propriétaires, conformément à l'article 639 du code civil, peuvent grever les biens des personnes publiques qui relèvent du domaine public, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation de ces biens sur lesquels ces servitudes s'exercent ».

Qu'en est-il ensuite des droits réels de l'occupant domanial ? Si le principe de tels droits réels est désormais acquis, la réglementation de l'usage de ceux-ci est encore marquée par les contraintes de l'exercice de codification à partir de textes existants.

C. Le droit réel reconnu en principe à l'occupant domanial

Sur le principe, le nouveau code, reprenant des formules qui existaient déjà dans certains textes particuliers et les présentant désormais comme des « dispositions communes », de portée générale, affirme en son article L. 2122-6 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 caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre », précisant que « ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions précisées (par les articles suivants du code), les prérogatives et obligations du propriétaire ».

La solution est étendue, également comme une solution de principe, aux propriétés domaniales des collectivités locales, par la nouvelle rédaction de l'article L. 1311-1 du code général des collectivités territoriales, résultant de l'article 3-VII-1° de l'ordonnance du 21 avril 2006 à laquelle est annexé le code.

Ceci a d'évidentes et importantes conséquences sur les possibilités de financement ouvertes à l'occupant domanial pour la réalisation de l'investissement qu'il est autorisé à réaliser sur le domaine, souvent aux fins générales d'équipement et de valorisation de celui-ci.

En effet, la reconnaissance à l'occupant domanial des attributs du propriétaire est source pour lui de valeur, de richesse. Elle permet la valorisation du bien par la disposition d'outils que l'on connaît : la possibilité de céder en tout ou partie certains éléments du bien, dans les limites du titre et de ce que permet le service public en cause ; la possibilité de développer une gestion patrimoniale active ; la faculté de consentir des sûretés réelles, comme support de financement ou pour valoriser les utilisations de la propriété publique ; la possibilité de recourir au crédit-bail qui suppose transfert de la propriété de la chose sans dépossession ; la cession de droits démembres ; l'extension possible de la propriété par le jeu d'un certain nombre de constructions du code civil, comme le droit d'accession étendant la propriété au dessus et au dessous, sauf titre contraire ; la disposition des actions possessoires et pétitoires spécifiques, etc.

D. Nature du droit réel

a. Droit réel ou droits réels

On rencontre maintenant la question de la nature du droit réel reconnu par la loi à l'occupant domanial, compliquée par le fait que les textes et la pratique emploient ici indifféremment le singulier ou le pluriel pour le désigner (« le droit réel » ou « les droits réels »).

La doctrine privatiste est assez avare d'informations sur le sujet. Elle pose rituellement la distinction des droits personnels et des droits réels démembres du droit de propriété, les seconds « permettant à une autre personne que le propriétaire de jouir et d'user de la chose selon des modalités diverses », tandis que les premiers « n'établissent des liens qu'entre le bailleur et le locataire » (P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, n° 800). Elle précise ensuite, relativement à l'usufruit et citant l'article 578 du code civil, que « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance » ; ce qui n'est pas sans analogie possible avec la formule de l'article L. 2122-6 du nouveau code reproduit ci-dessus : mêmes droits

que le propriétaire reconnu à l'occupant ; démembrement de la propriété ; conservation de la substance de celle-ci. Ajoutons que l'usufruit peut toujours être constitué pour une durée déterminée et, s'agissant d'un droit viager, s'éteint nécessairement avec la mort de l'usufruitier (Cass. ch. réunies 16 juin 1933, DH 1933, p. 393 : « tout usufruit, fût-il constitué pour une durée fixe, s'éteint de plein droit par la mort de l'usufruitier »).

On a ainsi fait valoir, avec de bons arguments, que le droit réel reconnu à l'occupant domanial présente de fortes analogies avec le droit de superficie, très présent dans l'Ancien droit⁽²⁾ et redécouvert par la jurisprudence judiciaire dès la fin du XIXe siècle. Le droit de superficie est communément défini, par la doctrine privatiste, comme « le droit réel appartenant à une autre personne que le propriétaire du sol sur ce qui se trouve dessus ou dessous » (P. Malaurie et L. Aynès, préc., n° 900). On sait le très important arrêt de la Cour de cassation de 1873 qui consacre expressément le droit de superficie, comme « un droit de propriété distinct et séparé du fonds ». On sait aussi l'importance et la vitalité de l'institution, appliquée aux opérations modernes de construction d'ensembles immobiliers complexes, à niveaux superposés, pour l'organisation desquelles tant les formules d'indivision que la loi de 1965 sur la copropriété se révèlent mal adaptées.

C'est cette formule du droit de superficie qui a été reçue par le droit des propriétés publiques, sans difficultés particulières quand il s'agit de l'occupation des propriétés privées des personnes publiques et sous la forme d'un droit d'occupation constitutif de droits réels pour les occupations du domaine public (v. par exemple Y. Gaudemet, Journées R. Savatier, PUF, 1991, p. 135). Pour les auteurs privatistes déjà cités : « l'actualité du droit de superficie est illustrée par les lois qui ont réglementé les constructions sur le domaine public, en vue de la réalisation d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général ; comme tout bail [sic] de ce type, il comporte, au profit du preneur, un droit de superficie pendant sa durée » (préc., n° 902).

On peut donc considérer que le droit réel reconnu par la loi à l'occupant domanial sur les équipements et installations qu'il réalise au titre de cette occupation autorisée constitue une transposition raisonnée et volontaire du droit de superficie du droit privé à l'hypothèse particulière d'une occupation du domaine public.

b. Quelle est la nature de ce droit et quel est son objet ?

On admet aujourd'hui, en droit privé, que le droit de superficie peut porter, tout en conservant sa nature de droit réel, sur le simple droit de construire, avant

même toute construction (G. Goubeaux, Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière, *Mélanges A. Weil*, 1983, p. 279). Il est ainsi susceptible d'hypothèque et de crédit-bail, en tant que droit réel immobilier, et il est cessible (S. Perignon, Peut-on vendre des droits de construire ? Defrénois 1993, art. 35486) ; il devrait même pouvoir être objet de droit de préemption urbain (en ce sens, du même auteur, Defrénois 1989, art. 34619). Ceci conduit à voir dans le droit de superficie une sorte de « propriété immobilière par anticipation » (J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble : contribution à l'étude du droit de superficie*, LGDJ, thèse Toulouse, 1979, n° 152), par dérogation au principe traditionnellement affirmé selon lequel il n'existe pas d'immeuble par anticipation.

Ainsi le droit réel reconnu à l'occupant sur le domaine qu'il est autorisé à occuper n'est pas une nouveauté ni une institution insolite. Simplement, prévu par la loi, il existe de plein droit (sauf lorsque le titre l'exclut), alors que l'usufruit et le droit de superficie sont normalement établis par voie conventionnelle. Mais il est de la même façon tributaire du titre (qui peut l'exclure) et n'existe que pour la durée de ce dernier.

c. Dualité ou unicité d'objet du droit réel reconnu

La parenté du droit de superficie et du droit réel de l'occupant domanial, telle qu'on vient de la souligner, invite à régler ici le question souvent débattue de l'unicité ou de la dualité du droit réel reconnu au titre d'une occupation du domaine public. La thèse est en effet parfois avancée, au moins en doctrine, de la dualité des droits réels possiblement reconnus à l'occupant domanial, droit réel sur les constructions réalisées par lui, d'une part, droit réel sur le domaine occupé, d'autre part.

L'explication d'une telle analyse est multiple ; on y retrouve la difficulté, connue initialement de la doctrine privatiste, à retenir une vision abstraite, non foncière de la propriété, celle-ci devant nécessairement porter sur un bien distinctement identifié ; on y voit aussi les conséquences d'une imprécision du vocabulaire des textes, la loi (de 1994) parlant tantôt des droits réels sur le domaine public (c'est son titre) ou (dans son dispositif) des droits reconnus à l'occupant sur les constructions réalisées au titre de son occupation domaniale ; enfin certains auteurs en ont fait une façon d'interpréter cette même loi de 1994, pour lui ôter le caractère régressif qu'on avait pu lui reprocher, en la comprenant, au bénéfice de ce dualisme d'un droit réel sur les constructions et d'un droit réel sur le domaine occupé, comme ouvrant la possibilité de droits réels sur le domaine lui-même, le droit réel sur les constructions autorisées étant de toutes les façons acquis à l'occupant.

Ceci a abouti à des situations et analyses d'une extrême complexité, et surtout détachées de la réalité. Ce qui importe pour le financement de l'investissement que l'occupant doit réaliser, c'est que l'occupant dispose de droits réels sur ce qu'il doit financer et conserver au moins pour la durée du titre d'occupation, c'est-à-dire les constructions que celui-ci l'invite à réaliser. On ne voit pas, d'ailleurs, comment le droit sur les constructions pourrait être mobilisé si un droit réel de même nature était par ailleurs conservé sur le sol qui est désormais inclus dans ces constructions. L'objet du droit réel est évidemment et nécessairement la construction que l'occupant réalise sur le domaine et qu'il doit financer, laquelle - on l'observe au passage - incorpore nécessairement le sol du domaine public sur lequel il construit. Il ne faut pas confondre, à cet égard, le droit réel conféré par le titre d'occupation domanial et ce titre lui-même. Au contraire ce dernier, parce qu'il est nécessaire et par son contenu, révèle bien que le propriétaire domanial conserve, lui aussi, un droit réel (amputé, si l'on peut dire, temporairement du droit démembré reconnu à l'occupant) sur le domaine lui-même et également sur les constructions qui vont y être édifiées, outre le fait que le droit réel de l'occupant est inopposable au propriétaire domanial.

Disparaît ainsi dans le nouveau code - et fort heureusement - toute distinction entre le droit réel sur le domaine occupé et le droit réel sur les constructions réalisées par l'occupant, distinction éminemment artificielle qu'avaient pu engendrer, comme on vient de le dire, et les variations de vocabulaire de la loi de 1994, et la tentative, pour contrer l'effet « régressif » de celle-ci, de la présenter comme donnant « en plus » un droit sur le domaine, s'ajoutant aux droits sur les constructions de toute façon acquis.

En réalité, il ne s'agit en aucune façon d'un démembrement du bien (le sol, la construction), mais d'un démembrement du droit - de propriété - lequel porte uniformément sur la totalité des biens, les attributs de la propriété étant temporairement distribués entre un propriétaire initial et une sorte d'usufruitier à temps (comme l'est d'ailleurs nécessairement l'usufruit du droit civil). Cette lecture est désormais celle du nouveau code.

E. Régime du droit réel

Restaient les modalités - ou si l'on préfère le mode d'emploi - des droits réels ainsi reconnus de plein droit.

A cet égard, la loi de 1994 - dans le domaine limité qui était le sien - était d'un réel apport. Elle envisageait et réglait les hypothèses de transmission, de mobilisation du droit réel, en un mot de « circulation » de celui-ci, au service de la valorisation et du financement de l'occupation

consentie. D'une certaine façon, les conventions tripartites imaginées par la pratique pour la mise en oeuvre de la loi de 1988, reprise à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, avaient le même objet. Cette réglementation de la circulation du droit réel passe, dans toutes les hypothèses, par une information de la collectivité propriétaire et un accord donné par elle, accord qui est de droit si la cession ou la réalisation du droit réel ne compromet pas l'exploitation du titre d'occupation domaniale, dans des conditions de capacités techniques et financières conservées.

Cependant les textes sectoriels, chacun avec son objet propre, qui, depuis 20 ou 30 ans, avaient expressément reconnu le droit réel de certains occupants domaniaux, n'avaient pas réglementé la circulation de celui-ci exactement dans les mêmes termes, sans que l'on puisse discerner les raisons de fond de ces variations. Il en est ainsi notamment de la possibilité de recourir au crédit-bail, dont l'objet n'est pas déterminé de la même façon par les différents textes repris par le code. L'occasion n'a pas pu être saisie, à ce stade, de faire cesser cette incohérence et d'unifier ces régimes juridiques disparates pour inscrire dans le nouveau code un régime général et uniforme de circulation du droit réel de l'occupant domanial, et précisément sur les modalités et l'objet possible du crédit-bail. Mais on croit savoir que le Gouvernement saisira la première « occasion législative » pour mettre fin à cette imperfection résiduelle et assurer ainsi l'uniformité de régime qui convient, mettant fin à d'inutiles et artificiels débats de frontière.

Concluons d'un mot. Le nouveau droit des droits réels sur le domaine public devrait permettre, dans l'intérêt même des collectivités publiques propriétaires, une meilleure valorisation des propriétés publiques, et dans des conditions de sécurité juridique réclamées de longue date. Il faut saluer ce progrès du droit, servi - c'est assez rare pour mériter d'être souligné - par une langue limpide et une présentation désormais cohérente qui faisait si cruellement défaut à l'ancien code du domaine de l'État. »

Source : Les droits réels sur le domaine public par Yves Gaudemet, AJDA 2006, p. 1094

IV. Droits réels et contrats de partenariat

« Le régime des droits réels, directement inspiré de celui de l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques, n'est pas absolument identique puisque c'est le contrat lui-même qui fixera les limites des prérogatives qui leur sont attachées et non les dispositions de droit commun du code. Toutefois, l'ordonnance du 17 juin 2004 encadre elle-même précisément cette «

propriété limitée »⁵⁹ : le contrat doit en effet obligatoirement comporter des clauses « ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages [...] au service public [...] et le respect des exigences du service public » (Ord. 17 juin 2004, art. 11, e), portant sur le « contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat » (Ord. 17 juin 2004, art. 11, i) et sur les « conséquences de la fin, anticipée ou non du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages [...] » (Ord. 17 juin 2004, art. 11, k)⁶⁰. La cessibilité limitée des droits réels de l'occupant privatif du domaine public, particulièrement dans le cadre des PPP où l'ouvrage est principalement et quelquefois uniquement destiné au fonctionnement du service public, peut légitimement conduire à douter de la nature des droits en question, un auteur allant jusqu'à les qualifier « d'essentiellement personnels »⁶¹. Il plane en tout cas sur les droits réels portant sur l'ouvrage réalisé dans le cadre d'un contrat de partenariat une sorte de « servitude de service public »⁶².

Alternativement, la personne publique pourra décider de ne pas octroyer au titulaire du contrat de partenariat de droits réels sur les ouvrages qu'il aura construits. Dans ce cas, elle sera propriétaire dès réception de l'ouvrage par le titulaire du contrat. Dans la pratique, ce cas de figure commence à se rencontrer lorsque la personne publique propriétaire du domaine et la personne publique affectataire et cocontractante sont différentes, ou encore pour des raisons d'hostilité de principe à la « propriété privée » (qui n'en est pas une, comme on l'a vu) des ouvrages affectés au service public. Ceci n'a guère d'importance pour la « bancabilité » du projet. Il faut seulement compenser l'absence de droits réels par une clause contractuelle garantissant au titulaire du contrat que tout acte de gestion domaniale qui empêcherait l'exécution du contrat donnera lieu à résiliation de celui-ci. La résiliation pour motif d'intérêt général (entraînant notamment l'indemnisation du manque à gagner) sera prononcée si le titulaire n'est pas à l'origine de la décision d'expulsion du domaine public, et la

décision de résiliation pour faute dans le cas contraire.

En toute hypothèse, droits réels ou pas, le titulaire du contrat sera maître d'ouvrage (Ord. 17 juin 2004, art. 1er, II, al. 1er ; CGCT, art. L. 1414-1, II, al. 1er) : il sera celui pour lequel l'ouvrage est construit, même si la réception qu'il prononcera n'emportera pas transfert de propriété à son profit si des droits réels ne lui ont pas été consentis. Cette possible dissociation des fonctions de maître d'ouvrage et de propriétaire, implicitement organisée par l'ordonnance, se rencontre dans d'autres montages contractuels, notamment la vente en l'état futur d'achèvement⁶³.

Source : Philippe DELELIS, *Patrimoine des personnes publiques et contrat de partenariat* in Dossier le patrimoine des personnes publiques, LamyLine Droit et Patrimoine

V. Droits réels et personnes publiques : un véritable maquis juridique. A quand une véritable réforme ?

« A la différence des personnes privées qui n'ont à leur disposition que deux contrats constitutifs de droits réels, le bail à construction et le bail emphytéotique, les personnes publiques ont quant à elles une boîte à outils bien plus fournie. Elle se caractérise par sa grande diversité ; en effet, en fonction de la personne publique concernée – État, collectivités locales, établissements publics –, de la nature juridique du bien immobilier objet du contrat – domaine public ou domaine privé, domaine public viaire, domaine public artificiel ou domaine public naturel... – de l'objet du contrat – activité d'intérêt général ou activité privée –, les outils juridiques possibles vont être différents. La tâche du praticien et des personnes publiques pour se retrouver dans ce maquis juridique n'est pas aisée.

L'article 11 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, qui insère un nouveau titre IV intitulé « Valorisation du patrimoine immobilier » dans le livre III de la deuxième partie du code général de la propriété des personnes publiques, titre composé du seul article L. 2341-1 en vertu duquel l'État, les chambres de commerces et d'industrie ainsi que les chambres de métiers et de l'artisanat sont autorisés à conclure des baux emphytéotiques administratifs sur leur patrimoine immobilier « en vue de sa restauration, de sa réparation ou de sa mise en valeur », n'a fait qu'accentuer cette situation.

Pour illustrer ces propos, une tentative de classification s'impose. Les personnes publiques ont à leur disposition trois principaux types de contrats

⁵⁹ E. Fatôme et L. Richer, *Contrat de partenariat immobilier* : réalisation, paiement et statut des équipements et OUVRAGES, précité, p. 24.

⁶⁰ Pour les collectivités territoriales : CGCT, respectivement art. L. 1414-12, e, j et k.

⁶¹ P. Delvolvé, *Sécurité intérieure, justice et contrats publics* : confirmations et infléchissements, BCP 2002, n° 25, p. 419.

⁶² P. Cuhe, *Domanialité publique, service public et partenariats public-privé*, Dr. adm. 2003, chron. 16. V. également J.-F. Brisson, L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat, AJDA 2005, p. 591. Sur l'ensemble de la problématique des droits réels en contrat de partenariat, v. également Ph. Delelis, *Partenariats public-privé*, JurisClasseur Administratif, Fasc. 670, n° 85 à 87 et 250 à 257.

⁶³ CE, sect., 8 févr. 1991, n° 57.679, *Région Midi-Pyrénées*, Rec. CE, p. 41.

constitutifs de droits réels qui, en fonction de leur champ d'application matériel respectif, peuvent être distingués comme suit :

- l'Autorisation d'occupation temporaire (AOT) constitutive de droits réels, qui ne peut être conclue que sur le domaine public;
- le bail emphytéotique de droit commun et le bail à construction, qui ne peuvent être conclus que sur le domaine privé ;
- le bail emphytéotique administratif (BEA), qui peut être conclu aussi bien sur le domaine privé que sur le domaine public.

Il faut également ajouter les droits réels conférés par le contrat de partenariat instauré par l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée qui constitue un contrat global, constitutif de droits réels au bénéfice du cocontractant sur les ouvrages réalisés dans le cadre du contrat.

Le bail emphytéotique de droit commun et le bail à construction qui ne peuvent être utilisés que sur le domaine privé des personnes publiques, sont à la disposition de toutes les personnes publiques sans distinction. Ces deux contrats sont très souvent inadaptés aux opérations immobilières poursuivies par les collectivités publiques. En effet, le régime juridique du bail emphytéotique de droit commun est incompatible avec l'insertion de clauses permettant à la personne publique propriétaire de s'opposer à un changement de destination des locaux, à leur transformation ou bien encore à la cession des droits réels du preneur. Notons également que le contrôle de la cession des droits du preneur est également impossible dans le cadre d'un bail à construction⁶⁴. Ces contrats ne sont

adaptés que pour des opérations de pure valorisation immobilière.

L'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels peut, quant à elle, être conclue sur le domaine public aussi bien par l'État que par les collectivités locales et leurs établissements publics respectifs. Toutefois, en fonction de la personne publique concernée, le régime juridique de l'AOT va diverger.

En effet, aux termes de l'article L. 2122-5 du Code général de la propriété des personnes publiques, l'État peut conclure sur son domaine public artificiel ce type de contrat aussi bien pour des activités d'intérêt général que pour des activités purement privées. En revanche, les collectivités locales et leurs établissements publics, aux termes de l'article L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales⁶⁵ ne peuvent conclure un tel contrat qu'en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. La possibilité pour les collectivités locales de consentir des AOT constitutives de droits réels est récente. Elle a été introduite par l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques dans le seul but de leur permettre la constitution de droits réels sur le domaine public entrant dans le champ des contraventions de voirie puisque le BEA, seul outil alors à leur disposition ne le permettait pas. Le Gouvernement aurait pu profiter de cette occasion pour unifier ou à tout le moins harmoniser les mécanismes existants. Il ne l'a pas fait.⁶⁶ Cette absence de volonté est due au fait que l'État a toujours été méfiant quant à la valorisation par les collectivités locales de leur domaine public.

En outre, en matière d'AOT constitutive de droits réels, quel que soit le domaine public concerné, le titulaire de ce titre possède un droit réel uniquement sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité donnée. En conséquence, la conclusion d'un tel contrat suppose que le preneur procède à l'édification de construction ou à tout le moins à la réalisation de travaux de réhabilitation lourde, ce qui en pratique peut s'avérer inopportun voire impossible sur certains immeubles. Or, même en l'absence de travaux importants, une meilleure valorisation du

⁶⁴ Le régime juridique du bail emphytéotique est incompatible avec la stipulation de toute clause qui serait de nature à limiter la cession, par l'emphytéote, des droits réels qu'il tient du bail. Il en va notamment ainsi d'une clause qui interdit purement et simplement toute cession (C. Cass. 3^{ème} Civ., 15 mars 1983) ou bien encore d'une clause en vertu de laquelle le preneur ne peut céder son droit au bail qu'avec l'autorisation du bailleur (C. Cass. 3^{ème} Civ., 29 avril 2009). Il convient de noter que le même raisonnement peut être suivi en matière de baux à construction où le droit de libre cession ne saurait être entravé de quelle que manière que ce soit par une clause du contrat (Voir en ce sens, « Le bail à construction – De la théorie à la pratique », Jean-Luc Tixier, p. 171). En revanche, on constate que le régime juridique du bail emphytéotique et celui du bail à construction diffèrent en ce qui concerne la possibilité pour le bailleur d'encadrer la destination des locaux. En effet, dans le cadre du bail emphytéotique le preneur, doit pouvoir être libre d'effectuer tout changement de destination, faute de quoi le bail risquerait d'être requalifié en bail ordinaire (Pour un exemple, voir : C. Cass. 3^{ème} Civ. 12 décembre 1978). A l'inverse, en matière de bail à construction, la Cour de cassation a clairement admis que, dans le silence de la loi, les parties pouvaient insérer dans le contrat une clause imposant des restrictions à l'activité du preneur (C. Cass. 3^{ème} Civ. 7 avril 2004 ; sur ce point, lire également « La destination dans le bail à construction », Jean-Luc Tixier, Construction-Urbanisme, n° 4, Avril 2005).

⁶⁵ Instauré par l'Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques..

⁶⁶ François Llorens, Pierre Soler Couteaux, Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu. RFDA 2006, p. 935 ; Yves Gaudemet, Les droits réels sur le domaine public, AJDA 29 mai 2006, p. 1094. Yves Gaudemet, Les droits réels sur le domaine public, LamyLine Droit et patrimoine, n°179, p.63.

domaine public peut nécessiter de conférer des droits réels aux preneurs.

Ce sont les limites du bail à construction et du bail emphytéotique de droit commun, à savoir l'impossibilité d'insérer des clauses visant à encadrer le droit réel conféré et celles de l'AOT constitutive de droits réels, à savoir la nécessité qu'il y ait des travaux lourds ou une édification de constructions, qui ont conduit à l'instauration par la loi du 23 juillet 2010 précitée d'un nouveau type de bail emphytéotique administratif pour les biens immobiliers appartenant à l'État⁶⁷ ou aux organismes consulaires. Ce nouveau contrat est codifié à l'article L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques, qui dispose : « 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 ».

Il peut aussi bien être conclu sur le domaine privé que sur le domaine public des personnes publiques concernées. A la différence du BEA applicable sur le patrimoine des collectivités territoriales, les biens relevant de la contravention de voirie ne sont pas exclus du champ d'application de ce nouveau contrat de BEA. Il convient de souligner également que la passation du BEA n'est pas soumise à l'engagement du preneur de procéder à la réalisation de travaux. Cet aspect du régime juridique du BEA est d'importance puisqu'il autorise sa passation de BEA en vue uniquement de la valorisation d'un bien immobilier. Par ailleurs autre différence fondamentale avec l'AOT, 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.⁶⁸

⁶⁷ Le texte faisant référence aux biens appartenant à l'État, on peut très certainement en déduire que les établissements publics (la SNCF par exemple) dont le patrimoine immobilier appartient à l'État peut bénéficier de ce dispositif.

⁶⁸ En matière de redevance sur le domaine public, il est prévu à l'article L. 2125-4 du CG3P « La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public par le bénéficiaire d'une autorisation est payable d'avance et annuellement. Toutefois, le bénéficiaire peut, à raison du montant et du mode de détermination de la redevance :

1° Etre admis à se libérer par le versement d'acomptes ;

2° Etre tenu de se libérer par le versement de la redevance due soit pour toute la durée de l'autorisation si cette durée n'excède pas cinq ans, soit pour une période quinquennale dans le cas contraire.

En outre, pour les besoins de la défense nationale, le bénéficiaire peut être tenu de se libérer soit par versement d'acomptes, soit

Lorsque le BEA porte sur une dépendance du domaine public, le contrat doit répondre 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. »

Parmi ces conditions, certaines sont directement inspirées du régime juridique du BEA des articles L. 1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales relatifs aux collectivités territoriales et leurs établissements publics, à savoir :

- La possibilité de recourir au mécanisme de l'hypothèque pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue « de financer les obligations qu'il tient du bail. » La rédaction adoptée par l'article L. 2341-1 diffère de celle de l'article L. 1311-3 qui limite le recours à l'hypothèque à la garantie des emprunts contractés en vue de financer « la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué. »

- Les constructions édifiées par l'occupant peuvent faire l'objet d'un contrat de crédit-bail, sous réserve que le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

d'avance, pour tout ou partie de la durée de l'autorisation ou de la concession, quelle que soit cette durée. »

- La cession des droits que le preneur tient du bail ne peut se faire qu'avec l'agrément de la personne publique propriétaire.

En revanche, la condition tenant à la stipulation dans le contrat de bail des modalités de contrôle de l'activité du preneur par la personne publique propriétaire, constitue une spécificité du BEA de l'article L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

Lorsque le bien relève du domaine privé, le dernier alinéa de l'article L. 2341-1 précise qu'une ou plusieurs des conditions prévues lorsque le bien est soumis au régime de la domanialité publique peuvent être imposées au preneur. Il faut donc en déduire qu'il est possible de conclure sur le domaine privé des contrats à la carte n'imposant aucune contrainte spécifique, mise à part l'obligation de procéder à la restauration, la réparation ou la mise en valeur du bien immobilier. Ainsi est-il clairement pallié aux lacunes du bail emphytéotique et du bail à construction.

Nouvel outil d'occupation du patrimoine immobilier de l'État promis à un bel avenir, le BEA instauré par l'article 11 de la loi du 23 juillet 2010 n'en demeure pas moins un outil juridique inachevé dans la mesure où seuls les biens appartenant à l'État et aux chambres de commerces et d'industrie et les chambres de métiers et de l'artisanat⁶⁹ peuvent en bénéficier. L'exclusion des autres établissements publics de l'État n'a pas de sens – ce qui montre bien l'absence de cohérence globale des outils juridiques [et les conditions « surprenantes » de leur création en fonction de besoins ponctuels...].

Par ailleurs et surtout ce nouvel outil aboutit à faire coexister cinq types de BEA possibles répondant tous à des caractéristiques différentes quant à leur objet, quant aux personnes et aux propriétés concernées qui sont :

1. Le BEA des collectivités locales et de leurs établissements publics, instauré par la loi du 5 janvier 1988, et régi par les articles L. 1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales. Il est le contrat de BEA d'origine. Parmi ses spécificités, il faut souligner que son champ est limité puisqu'il ne peut être conclu qu'« 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, jusqu'au 31

décembre 2007, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique ou, jusqu'au 31 décembre 2010, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours⁷⁰ ». Par ailleurs, il peut être conclu aussi bien sur les dépendances du domaine public que sur celles relevant du domaine privé des personnes publiques considérées. Le second alinéa de l'article L. 1311-2 précise toutefois que la conclusion d'un BEA est proscrite à l'égard des biens immobiliers qui rentrent dans le champ d'application de la contravention de voirie.

La pratique montre que les objectifs en vue desquels ce type de contrat peut être conclu sont trop restrictifs, en ce sens que les textes n'autorisent pas aujourd'hui la passation d'un BEA dans un seul but de valoriser un bien immobilier.

2. Le bail emphytéotique administratif hospitalier instauré par l'ordonnance du 4 septembre 2004 portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé et régi par les articles L. 2122-21 du code général de la propriété des personnes publiques et L. 6142-2 et L. 6148-5-3 du code de la santé publique.

Aux termes de ces textes, les établissements publics hospitaliers disposent de la faculté de conclure sur les dépendances relevant de leur domaine privé ou de leur domaine public, hors champ d'application de la contravention de voirie, un bail emphytéotique administratif hospitalier dit « BEH » des articles L. 6148-2 et suivants du code de la santé publique. Le BEH ne peut être conclu qu'« 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 ».

Il convient de mettre en exergue que contrairement aux autres BEA pour lesquels les textes ne prévoient rien, la conclusion d'un BEH doit être précédée de l'organisation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence telle que décrite aux articles L. 6148-5 et L. 6148-5-1 du code de la santé publique.

3. Le bail emphytéotique administratif prévu à l'article 7 de la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement public et privé. Aux termes de cet

⁶⁹ Il convient de préciser que la limitation aux chambres consulaires vise à écarter le risque de qualification de cavalier législatif.

⁷⁰ Article L1311-2 du CGCT. L'objet de l'opération peut être mixte et comprendre une composante purement privée, voir en ce sens CE 25 février 1994, SOFAP Marignan Immobilier, DA 1994 n° 198, D1994 p.536, note Martine Lombard, AJDA 1994, p.550 note Perinet-Marquet.

article, « Un bien immobilier appartenant à l'État ou à ses établissements publics peut faire l'objet du bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime en vue de la réalisation de logements sociaux ». Ce bail suit exactement le même régime que le BEA collectivités locales.

4. Le bail emphytéotique administratif de valorisation sur les biens de l'État et des chambres consulaires appartenant au domaine public

5. Le bail emphytéotique administratif de valorisation sur les biens de l'État et des chambres consulaires appartenant au domaine privé.

Sur les BEA de manière générale, il convient de préciser qu'à la différence des AOT constitutives de droits réels, les textes relatifs au BEA quel qu'il soit ne consacrent pas expressément l'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général au profit du bailleur. Toutefois, le BEA est soumis aux règles générales d'occupation du domaine public et, en particulier, aux dispositions de l'article L. 2122-3 du code général de la propriété des personnes publiques selon lesquelles une autorisation d'occupation du domaine public « présente un caractère précaire et révocable. » Par ailleurs, pour ce qui est des BEA conclus sur le domaine privé, comme il s'agit de contrat administratif, on peut supposer qu'il en suit le régime et donc comporte la faculté pour la personne publique de procéder à sa résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général. En outre, les textes, à la différence de l'AOT constitutive de droits réels, sont également muets en ce qui concerne les modalités d'une éventuelle indemnisation de l'occupant.

Au vu de l'ensemble de ces développements, force est de regretter la tendance du législateur à ajouter sans réformer alors que rien ne justifie de telles différences de régime. D'autant qu'en l'état du droit positif, il existe un élément de complexité supplémentaire. Au regard de leurs caractéristiques, la plupart de ces contrats lorsqu'ils sont assortis de l'obligation pour le preneur de réaliser des travaux doivent être qualifiés de concessions de travaux⁷¹. En conséquence de quoi, leur passation doit faire l'objet de mesures de publicité et de mise en concurrence préalable. Or, les textes sur les BEA et les AOT, sauf pour le BEH ne le prévoient pas expressément. Ce flou est source d'insécurité juridique.

Une clarification et une unification rapide des différents contrats sont nécessaires. Comment

⁷¹ Voir pour les collectivités locales et leurs établissements publics, les articles L. 1415-1 et suivants du Code général des collectivités locales et pour l'État et ses établissements publics, le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

encore justifier que les collectivités locales ne puissent pas valoriser pleinement leur patrimoine tout en préservant l'intérêt général. Enfin, il est hautement souhaitable, pour des raisons de sécurité juridique, que les règles de passation de ces contrats soient réglementées. »

Source : Michèle Raunet et Bruno Cheuvreux, in *Mélanges en l'honneur d'E. Fatôme*, éd. Dalloz

Partie III : Questions de mise en concurrence

I. De l'insertion de la notion de concurrence en droit public

Il conviendra au cours de ce dernier point, consacré aux questions de mise en concurrence, d'exposer les conséquences de l'insertion d'exigences concurrentielles dans l'édition d'actes unilatéraux ou de conventions visant à la gestion du domaine des autorités publiques par son cocontractant. En effet, l'insertion de normes visant à la protection d'une « libre concurrence » au sein d'un marché commun, entraîne, à l'encontre de l'État et des collectivités territoriales, une circonscription de leurs marges de manœuvre dans une perspective de valorisation la plus rentable possible de leurs propriétés.

Dès lors, les impératifs de libre concurrence sont susceptibles d'influer sur les possibilités pour une personne publique, pour la valorisation, par gestion, construction, entretien ou exploitation de ses propriétés publiques.

Ainsi, dans cette troisième partie, seront présentées les jurisprudences fondamentales du droit public de la concurrence, une étude approfondie, illustrée par « l'affaire » du stade Jean Bouin, des règles de concurrence applicables aux autorisations d'occupation domaniale, puis, à travers l'arrêt tribunal administratif de Versailles du 5 juillet 2010, celles applicables à la passation de baux emphytéotiques administratifs.

II. Quelques grandes décisions du droit public de la concurrence

A. CE, 3 novembre 1997, *Million et Marais*

Par cette décision, le Conseil d'État, s'il rejette le moyen invoqué, fondé sur l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le considère opérant. Ainsi, par l'arrêt « *Million et Marais* », reproduit ci-dessous, le juge administratif accepte d'apprécier la légalité d'un acte administratif au regard d'une disposition de l'ordonnance de 1986 engendrant l'incorporation du droit de la concurrence au sein du droit administratif.

« Sur la validité du contrat de concession :

Considérant que la cour d'appel n'a renvoyé au juge administratif que l'appréciation du bien-fondé des moyens tirés d'une part de la **méconnaissance des règles de la concurrence** tant communautaires qu'internes et d'autre part de l'incompétence du maire pour signer le contrat ; que, par suite, la société Million et Marais n'est pas recevable à soumettre à la juridiction administrative des moyens tirés de l'absence d'existence légale de la société des Pompes Funèbres Générales au moment de la signature du contrat, de l'illégalité de la concession à la société des Pompes Funèbres Générales en ce qu'elle lui attribue le monopole d'exploitation du service extérieur des pompes funèbres de la commune et de l'absence d'appel public à la concurrence préalable à la signature du contrat de concession ; [...]

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : "Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8" ; qu'est prohibée, notamment, en vertu de l'article 8, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ; que, toutefois, aux termes de l'article 10 : "Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques : 1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application" ; qu'il résulte de ces dispositions que si le contrat par lequel une commune a concédé à une entreprise le service extérieur des pompes funèbres ne saurait être utilement critiqué à raison du droit exclusif d'exploitation du service public conféré à cette entreprise en vertu de l'article L. 362-1 précité du code des communes, les clauses de ce contrat ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8 ;

Considérant que si le contrat litigieux, en attribuant à la société des Pompes Funèbres Générales un droit exclusif sur les prestations du service extérieur des pompes funèbres de la commune a créé au profit de cette entreprise **une position dominante au sens des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance**, la durée de six ans, renouvelable une fois par décision expresse, de cette convention ne met pas la société en situation de contrevenir aux dispositions précitées de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; que le contrat litigieux ne contient aucune clause relative aux conditions de reprise des stocks ou à l'exploitation d'une chambre funéraire ; que la société Million et Marais n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que, sur ces deux points, le contrat

permettrait à la société des Pompes Funèbres Générales d'abuser de sa position dominante ;

Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 86 du traité instituant la Communauté européenne : "Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive **une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci**" ; qu'aux termes de l'article 90 : "Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus" ;

Considérant qu'à supposer que le contrat litigieux ait contribué, en raison du droit exclusif qu'il comporte, à assurer à la société des Pompes Funèbres Générales une position dominante sur une partie substantielle du marché commun des prestations funéraires et soit susceptible d'affecter les échanges intracommunautaires, ses clauses ne seraient incompatibles avec l'article 86 du traité que si l'entreprise était amenée, par l'exercice du droit exclusif dans les conditions dans lesquelles il lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive ; que la durée d'exploitation stipulée par le contrat litigieux ne constitue pas un abus de nature à mettre la société Million et Marais en situation de contrevenir aux stipulations précitées du traité instituant la Communauté européenne ; »

B. CE Sect., 26 mars 1999, Soc. EDA c. Aéroport de Paris

Par cette décision, le Conseil d'État soumet l'administration, en tant qu'opérateur, au respect des principes et exigences du droit de la concurrence, concernant l'affectation de dépendances domaniales consenties.

« 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 1er 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 ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 susvisée, le Conseil de la concurrence "peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles 7, 8 et 10-1 et relevées dans les affaires dont elles sont saisies" ; qu'en vertu de ces dispositions, le juge administratif peut, lorsqu'il doit apprécier la légalité d'un acte administratif en prenant en compte le droit de la concurrence, consulter le Conseil de la concurrence et lui demander des éléments d'appréciation ;

Considérant qu'à l'encontre de la décision d'"Aéroports de Paris" de ne pas retenir l'offre qu'elle avait déposée dans le cadre de la consultation organisée en vue de la passation de conventions d'occupation du domaine public pour l'exploitation de points de location de voitures sans chauffeur sur les aéroports d'Orly et de Roissy-Charles de Gaulle, la SOCIETE EDA fait valoir des moyens tirés, notamment, de la méconnaissance des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; que l'examen de ces moyens conduit à des appréciations portant, d'une part, sur l'existence, sur les aéroports d'Orly et de Roissy-Charles de Gaulle, de marchés "pertinents" tant pour la fourniture d'installations pour la location de véhicules sans chauffeur que pour la location de véhicules sans chauffeur, d'autre part, sur les incidences, en termes de concurrence, de l'obligation faite aux candidats de présenter une offre portant conjointement sur ces deux aéroports ; qu'il y a lieu, pour le Conseil d'État, de demander au Conseil de la concurrence des éléments d'appréciation sur ces questions ; »

C. CJCE, 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*

Considérant 62 :

Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, **un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence** ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.

III. L'inapplicabilité des mesures de publicité et de mise en concurrence à la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public

« L'influence du droit de la concurrence se fait sentir dans des domaines où, jusqu'il y a peu, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration était très important. Il en va ainsi de l'attribution des autorisations d'occupation du domaine public qui, bien que traduisant l'exercice du droit de propriété,

a pu sembler de plus en plus soumise au respect de règles de publicité et de mise en concurrence. Reposant sur des fondements théoriques incertains, cette tendance a été condamnée par le Conseil d'État, lequel a solennellement exclu la délivrance des autorisations domaniales du champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence (...)

Actes de gestion du patrimoine commun, les autorisations d'occupation du domaine public sont en effet la manifestation de l'exercice de son droit de propriété par l'Administration. Cette situation ne semblait pas devoir être remise en cause. Mais l'idée d'une mise en concurrence généralisée, fondée sur la désormais célèbre jurisprudence *Telaustria* [partiellement reproduit supra], a reçu un accueil de plus en plus favorable, tant de la part de la doctrine que de la part de certaines juridictions.

C'est ainsi que nombre d'auteurs et de praticiens ont considéré que **la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public, pour peu que celles-ci permettent l'exercice d'activités économiques, ne constitue plus un simple acte de puissance publique, mais l'allocation de ressources rares dont l'utilisation doit susciter la compétition entre les entreprises.**

Cette conception des choses, fortement emprunte d'une vision économique, ne semble pas trouver de fondement juridique précis. (...)

[Ainsi, le Conseil d'État a récemment rappelé⁷² qu'il] n'existe pour l'heure aucun texte ni aucun principe général d'organisation une mise en concurrence dans la délivrance des titres domaniaux.

A. Les termes d'un débat ancien

Deux conceptions de l'action publique se sont opposées fortement ces dernières années : l'une privilégiant la recherche d'un optimum économique ; l'autre fondée sur la prévalence des actes de puissance publique. (...)

Les tenants de la première conception pouvaient s'appuyer sur des décisions de juridictions du fond qui, effectivement, avaient considéré que la délivrance d'autorisations d'occupation du domaine public, dès lors qu'elle permettait l'exercice d'une activité économique, devait être précédée de mesures permettant de garantir la transparence de l'action administrative.

Des décisions n'ont en effet pas hésité à s'appuyer sur les règles issues du droit communautaire, et notamment de la jurisprudence *Telaustria*, pour juger que la délivrance d'autorisations d'occupation du domaine public devait être soumise à une mise

⁷² CE, sect., 3 déc. 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin.

en concurrence préalable. Ainsi, le tribunal administratif de Paris a pu juger qu'un bail emphytéotique, parce qu'il avait un objet économique, devait voir son attribution précédée de mesures de publicité (« Il résulte des règles et principes découlant du traité instituant la Communauté européenne, et notamment de ses articles 43 et 49, que tout acte par lequel un pouvoir adjudicateur confie la prestation d'une activité économique à un tiers doit être examiné à la lumière des principes de publicité et de mise en concurrence⁷³ »).

De même, le tribunal administratif de Nîmes a, dans une décision remarquable⁷⁴, jugé « 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 qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations nationales 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 ». Dans cette affaire, était en débat la légalité d'une procédure d'attribution d'une autorisation d'occupation du domaine public permettant à un opérateur d'exploiter un train touristique à Avignon. Cette dernière décision illustre à quel point, certaines juridictions du premier degré n'ont pas hésité à tirer argument du caractère économique de l'activité exercée sur le domaine public pour exiger l'édiction de mesures de publicité et de mise en concurrence.

Bien que considérée de plus en plus comme une évidence, l'application du principe de transparence à la délivrance des autorisations domaniales s'avérait, à l'examen, reposer en réalité sur des fondements théoriques très fragiles. En effet, ce qui ne manquait pas d'étonner à la lecture des jugements ci-dessus, c'est la généralité des termes employés et la référence explicite au droit de la commande publique (cf. emploi de l'expression « pouvoir adjudicateur »). Or suggérer qu'une personne publique passant une convention d'occupation du domaine public agit comme un pouvoir adjudicateur procède d'une véritable erreur, si on considère que la notion de pouvoir adjudicateur est employée dans le cadre de la directive du 31 mars 2004, laquelle ne concerne que les marchés publics et les concessions de travaux et de services.

Comme a pu le démontrer le professeur Philippe Yolka dans sa thèse, les personnes publiques exercent un droit de propriété sur les éléments appartenant à leur domaine public. Elles ne se placent donc pas dans la position de l'acquéreur d'un bien ou d'une prestation de services.

En d'autres termes, la délivrance d'autorisations domaniales s'analyse comme un simple exercice du droit de propriété, en principe exclusif de toute idée de commande et donc de mise en œuvre de toute mesure de publicité et de mise en concurrence.

Dès lors, l'application des règles « ayant pour objet et effet l'encadrement des comportements d'achat »⁷⁵ ne trouvait guère de fondement. Au regard du droit communautaire qui plus est, il semblait exagéré de s'appuyer sur la jurisprudence *Telaustria*.

Il convient sur ce point de rappeler que cet arrêt s'est prononcé sur les contrats de concession de service public (cf. notamment pt 57 de l'arrêt) et non sur les autorisations d'occupation du domaine public qui, elles, outre qu'elles sont étrangères au droit communautaire, ne permettent pas à un tiers d'assurer l'exécution d'un service public.

À cet égard, il n'est donc pas étonnant d'observer que dans l'affaire jugée par le tribunal administratif de Nîmes, la cour administrative d'appel de Marseille ne se soit pas prononcée sur la question de l'applicabilité des règles de publicité et de mise en concurrence⁷⁶.

Si des arguments contre une généralisation des règles précitées pouvaient donc être mis en avant, il n'était pas acquis que le Conseil d'État ne cède pas à l'ère du temps. Tel n'a pas été le cas.

B. La clarification apportée par le Conseil d'État à travers l'exemple du stade Jean Bouin

L'arrêt du 3 décembre 2010 [reproduit supra p.25] relatif à la gestion du stade Jean Bouin semble devoir trancher définitivement le débat sur la question de savoir si des mesures de publicité et de mise en concurrence doivent précéder l'attribution des autorisations d'occupation du domaine public.

Dans cette affaire, la haute juridiction administrative a ainsi jugé 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 ».

Cet énoncé, on ne peut plus clair, exclut définitivement du champ du principe de transparence les autorisations d'occuper le domaine public, faisant ainsi prévaloir une approche plus classique de la gestion des propriétés publiques.

⁷³ TA Paris, 30 mai 2007, n° 0516131, *Préfet de Paris*.

⁷⁴ TA Nîmes, 24 janv. 2008, *Sté des trains touristiques*.

⁷⁵ C. Bardon et Y. Simonnet, *Telaustria : quel périmètre ?*, Droit administratif janvier 2009, n° 1, étude n° 2.

⁷⁶ CAA Marseille, 6 septembre 2010, *Sté des trains touristiques*.

Même si l'arrêt précité a été rendu par la section du contentieux, la position du Conseil d'État ne constitue pas à proprement parler une surprise dans la mesure où elle a été précédée de signes annonciateurs multiples. Récemment, le Conseil d'État avait ainsi implicitement jugé que la passation de conventions portant simplement occupation du domaine public n'était soumise à aucune procédure particulière, et ce par opposition aux conventions de délégation de service public⁷⁷.

Bien avant ces décisions, les principaux rédacteurs du code général de la propriété des personnes publiques avaient pu écrire qu'il n'y avait pas lieu d'édicter une règle générale imposant la mise en concurrence, dans la mesure où cela « ne répond pas aujourd'hui à une nécessité juridique ». Et les mêmes de relever que « de fait, la jurisprudence communautaire n'impose pas, aujourd'hui, de mettre de façon générale en concurrence les autorisations d'occupation du domaine public »⁷⁸.

Ce qui n'était alors qu'une opinion trouvait d'ailleurs sa justification dans une jurisprudence assez constante, qui fut rappelée par le commissaire du Gouvernement Jacques-Henri Stahl dans ses conclusions sous l'arrêt Société EDA du 23 mars 1999. À cette occasion, ce dernier releva qu'aucun texte n'imposait au gestionnaire du domaine public, en l'occurrence Aéroport de Paris, de mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence préalable⁷⁹. Dans ces conditions, il apparaît des plus logiques que le Conseil d'État ait statué comme il l'a fait le 3 décembre 2010, même si on peut s'interroger sur la pérennité de la solution au regard des dernières jurisprudences communautaires. Sur ce point, il est intéressant de relever que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a récemment jugé que la délivrance d'autorisations unilatérales devait être précédée d'une publicité adéquate afin de permettre de garantir le respect des principes d'égalité et de transparence⁸⁰.

Bien que cette affaire portait sur les conditions d'attribution d'un agrément permettant de proposer des jeux d'argent, la solution dégagée par la CJUE pourrait avoir des répercussions plus larges et concerner les utilisations privatives du domaine public, lesquelles reposent d'ailleurs sur un régime d'autorisation préalable, ainsi que le confirme la lecture de l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

Aussi, il n'est pas acquis que le débat dernièrement tranché par le Conseil d'État ne retrouve pas une nouvelle vigueur dans les années à venir. »

⁷⁷ CE, 10 juin 2009, n° 317671, *Port autonome de Marseille*.

⁷⁸ C. Maugüé, et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA 2006, p.1085.

⁷⁹ CE, sect., 26 mars 1999, *Sté EDA*.

⁸⁰ CJUE, 30 juin 2010, n° C-203/08, *The Sporting Exchange*.

Source : *L'inapplicabilité des mesures de publicité et de mise en concurrence à la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public*, par Eric Baron et David Taron, avocats au Barreau de Paris, Petites affiches, 04 mai 2011 n°88, p.3

IV. Règles de concurrence appliquées aux baux emphytéotiques administratifs

A. TA Versailles 5 juillet 2010

(...) « Considérant qu'aux termes de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales (...) qu'aux termes de l'article L. 1311-3 du même code (...) :

Considérant, que si, à l'exception des baux emphytéotiques administratifs conclus par un établissement public de santé ou une structure de coopération sanitaire, les dispositions précitées de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales ne soumettent pas la signature d'un bail emphytéotique administratif à une exigence spécifique de publicité et de transparence, la signature d'un tel contrat n'est pas pour autant exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité sur l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats ; que le degré de publicité et de transparence de la procédure mise en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs doit être adéquat au regard de l'objet, du montant financier et des enjeux économiques du contrat ;

Considérant qu'il est constant que la délibération en date du 16 octobre 2006 par laquelle le conseil municipal de la commune de Verrières-le-Buisson a approuvé la signature d'un bail emphytéotique avec la société Golf de Verrières pour une durée de trente ans n'a été précédée d'aucune mesure de publicité ou de mise en concurrence ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin de déterminer si le golf concerné est implanté sur le domaine public de la commune de Verrières-le-Buisson, cette délibération ne pouvait être conclue sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les moyens soulevés en défense, par lesquels la commune et la société Golf de Verrières soutiennent que le bail emphytéotique ne pouvait être regardé comme une délégation de service public ou un marché public de travaux, ne confiait à la société aucune mission d'intérêt général, et que le montant du loyer acquitté était très faible, ne peuvent être utilement invoqués pour exonérer la délibération litigieuse du respect de formalités préalables de publicité et de mise en concurrence ; »

B. Règles de concurrence appliquées aux baux emphytéotiques administratifs (note de Julien Sorin, rapporteur public à propos de l'arrêt précité)

« La présente affaire vous amènera à vous prononcer sur les conditions de passation d'un bail emphytéotique administratif (BEA). Vous devrez juger si une publicité et une mise en concurrence préalable à la conclusion d'un tel bail sont nécessaires à sa régularité. Par une délibération en date du 16 octobre 2006, le conseil municipal de la commune de Verrières-le-Buisson a approuvé la conclusion d'un BEA avec la société Golf de Verrières pour une durée de trente années. L'objet de ce bail peut être déduit du nom de la société preneuse : il s'agit, pour la commune, de lui confier l'exploitation du terrain de golf présent sur son territoire. Il était précisé qu'en contrepartie de la possibilité pour la société d'exploiter à des fins privatives une dépendance domaniale, elle devrait s'acquitter d'un loyer annuel de 15 561 €. Enfin, cette délibération autorisait le maire à conclure le bail. M. Pierre Guyard, conseiller municipal, défère régulièrement à votre censure cette délibération. Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, nous vous proposons d'annuler la délibération litigieuse au motif qu'elle n'a pas été précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable.

Il est vrai que ni la loi ni la jurisprudence interne n'imposent le respect d'une telle procédure. L'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, relatif aux BEA, ne prévoit leur mise en concurrence dans le cadre des contrats de partenariat que lorsqu'ils répondent aux besoins d'un établissement public de santé, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. (...) Il nous semble cependant que le droit de l'Union européenne impose une publicité et une mise en concurrence préalablement à la conclusion des BEA.

Ecartons d'abord un fondement possible permettant de soumettre les BEA aux règles de publicité et mise en concurrence préalable : celui dans lequel le BEA est « adossé » à un autre contrat lui-même soumis à de telles règles. Cela peut être le cas lorsque le BEA s'accompagne de l'exécution de travaux importants qui deviendront à l'issue du bail la propriété de la collectivité publique concédante. Un tel montage entre en effet dans le champ d'application de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qui s'applique, notamment, en cas de « réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » (CJCE 12 juill. 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, aff. C-399/98). Il en irait de même si le BEA était accompagné d'une véritable délégation de service

public : le Conseil d'État a ainsi estimé que si « le bail emphytéotique ne [constitue], par lui-même, ni un marché public de travaux, ni, du moins en cas de mission limitée du preneur, une délégation de service public », il en va différemment s'il s'accompagne « d'une véritable délégation de service public » (CE sect. soc. 16 juin 1994, n° 356101). Dans une telle hypothèse, les procédures de publicité prévues par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin », sont applicables. Mais en l'espèce, le projet de bail litigieux n'impose pas au preneur la réalisation de travaux et ne laisse apparaître aucune délégation de service public : nous avons affaire à un BEA « autonome ».

S'agissant de ces BEA « autonomes », nous pensons que le droit de l'Union européenne, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), impose une procédure de publicité et de mise en concurrence préalablement à leur conclusion. Le droit de l'Union est essentiellement un droit économique qui, visant à assurer le libre jeu de la concurrence au sein du marché intérieur, impose aux personnes publiques lorsqu'elles interviennent sur ce marché le respect de principes destinés à préserver ce libre jeu. Le fondement de ces principes réside dans l'article 18 (ex-art. 12 TCE) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (...) qui interdit « toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». Cet article suffit, à notre sens, à condamner toute intervention publique dans l'économie qui prendrait la forme d'une commande passée à une entreprise ou d'un droit économique conféré à une entreprise et qui ne serait pas précédée d'un minimum de publicité : comment en effet respecter le principe de non-discrimination à raison de la nationalité si la personne publique traite directement avec une entreprise donnée, quelle que soit sa nationalité d'ailleurs ? La CJUE confirme cette orientation en matière contractuelle. Le principe de transparence devant guider la passation des contrats de concession a été dégagé par l'arrêt *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH* (CJCE 7 déc. 2000, aff. C-324/98) aux termes duquel ce principe consiste à garantir un « degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence [...] nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ». Le principe de transparence implique ainsi une obligation « qui [...] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des

services à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». L'arrêt *Parking Brixen* (CJCE 13 oct. 2005, aff. C-458/03) reprend cette idée en affirmant sans ambiguïté que tout contrat de concession de service public doit faire l'objet d'une mise en concurrence.

On peut certes objecter que ces jurisprudences - il y en a d'autres - ont été rendues à l'occasion de délégation de service public, alors qu'en l'espèce aucun service public n'est délégué. Mais **les principes dégagés concernent l'ensemble des contrats passés par les collectivités publiques** : en attribuant un droit d'exploitation à une entreprise de golf sans avoir mis en mesure les autres entreprises présentes sur le marché et potentiellement intéressées de présenter une offre, la commune méconnaît autant le droit de l'Union que si elle avait procédé à une délégation de service public sans mise en concurrence préalable. Le critère de la mise en concurrence ne réside pas dans la nature du contrat liant la personne publique à l'entreprise, mais dans les conséquences que cette relation peut avoir sur le fonctionnement du marché : si l'octroi sans publicité préalable a pour effet de fausser le jeu de la concurrence, il doit être regardé comme irrégulier. L'arrêt *Telaustria* est à cet égard révélateur, puisqu'il a consacré le principe de transparence dans une hypothèse où, précisément, les directives Marchés et Services étaient inapplicables. Le principe de non-discrimination est ainsi un principe général du droit de l'Union qui s'applique dès lors que l'intervention d'une personne publique sur le marché pourrait troubler son libre jeu.

(...) Les principes de non-discrimination et de transparence consacrés par le droit de l'Union européenne ont entraîné une évolution du droit public interne de la concurrence. Le Conseil d'État exerce un contrôle de plus en plus étendu sur l'intervention des personnes publiques dans l'économie, même lorsqu'elles agissent par voie réglementaire (v. l'arrêt de principe, *CE sect. 3 nov. 1997, Société Million et Marais, n° 169907*) [arrêt reproduit infra p.]. Le droit de la concurrence investit les champs d'action économique de l'administration les plus variés. Doivent en tenir compte les autorisations d'équipement commercial (*CE 30 juill. 2003, SA Caen Distribution*), les arrêtés d'extension des conventions collectives (*CE 30 avr. 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, n° 230804*) ou les arrêtés d'autorisation d'exercice d'une activité économique, notamment en matière d'autorisation d'urbanisme commercial (*CE 17 déc. 2003, Commune de Nanterre, n° 241471*). Le champ d'application du droit de la concurrence aux activités de l'administration qui ne touchent pas directement à la sphère économique est également vaste et concerne certaines de ses activités les plus

régaliennes : les actes réglementaires d'organisation des services publics (*CE 17 déc. 1997, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, n° 181611*, les mesures fiscales ou budgétaires (*CE 17 mai 2000, Association pour l'épargne retraite des fonctionnaires, n° 190586*), la mise en oeuvre des pouvoirs de police (*CE avis 22 nov. 2000, Société L & P Publicité, n° 223645* : une réglementation municipale de l'affichage dans une zone de publicité restreinte ne doit pas conduire à l'exploitation abusive par un afficheur de sa position dominante).

Concernant le droit de la domanialité publique, il faut rappeler l'arrêt du Conseil d'État *Société EDA* (*CE 26 mars 1999, n° 202260*) par lequel il juge 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 liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ses activités ». En l'espèce, il s'agissait de s'assurer qu'en concluant une convention d'occupation du domaine public, la collectivité publique n'avait pas placé l'entreprise bénéficiaire en situation d'abus de position dominante. L'arrêt du 10 avril 2002, *SARL Somatour* (n° 223100), confirme la possibilité pour les autorités publiques de prendre en compte « la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence » dans l'intérêt d'une bonne gestion du domaine public.

Enfin, le Conseil constitutionnel a lui aussi consacré le principe de transparence par une décision du 26 juin 2003 aux termes de laquelle « les dispositions relatives à la commande publique [doivent] respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1^{er} du code des marchés publics » (*Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*). Pour le professeur Pierre Delvolvé, ces principes « ne se limitent pas aux marchés publics. Si le Conseil constitutionnel ne s'est référé qu'au code les régissant, les principes formulés ont une portée bien plus large : ils s'appliquent aux contrats publics en général. Les principes de liberté, d'égalité et de publicité les régissent dans leur ensemble » (P. Delvolvé, *Constitution et contrats publics, in Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 469). La convergence des jurisprudences européenne et nationale relatives au contrôle des interventions économiques des personnes publiques doit, selon nous, conduire à **une modification du droit applicable à la conclusion des BEA.**

Le domaine des personnes publiques constitue une ressource rare dont l'exploitation par un opérateur économique peut lui conférer un avantage sur ses concurrents. Les principes de non-discrimination et de transparence imposent, dans ces conditions, que l'autorisation d'exploitation d'une ressource domaniale soit précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence préalables destinée à préserver l'égalité des tiers dans l'accès à cette ressource.

Plusieurs tribunaux administratifs ont déjà reconnu la nécessité de faire précéder les conventions domaniales d'une publicité et d'une mise en concurrence. Celui de Nîmes (TA 24 janv. 2008, *Société des trains touristiques G. Eisenreich*, n° 0620809) a ainsi jugé 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 conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats. [...] Une telle convention ne peut être conclue sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence ». Le tribunal administratif de Paris en a jugé de même pour les baux emphytéotiques classiques (TA Paris 30 mai 2007, *Préfet de Paris*, n° 0516131).

Telle est la solution que nous vous proposons d'adopter en matière de BEA. Si vous nous suiviez, votre jugement s'inscrirait dans la lignée de la jurisprudence *Société EDA*, à laquelle il tend à donner un effet utile, et dans celle **du rapport public du Conseil d'État de 2002 « Collectivités publiques et concurrence »**, dans lequel il est souligné que les personnes publiques « doivent savoir s'astreindre à des obligations permettant de s'assurer qu'elles agissent dans la transparence souhaitée ». **Il est, selon le Conseil, souhaitable que « les obligations de publicité et de mise en concurrence soient respectées pour toutes les autorisations ou conventions d'occupation du domaine public ».**

Une telle solution s'éloignerait certes de l'arrêt *Port autonome de Marseille* de 2009 que nous citons au début de ces conclusions. Mais cet arrêt ne résume pas à lui seul l'état du droit. M^{me} Escaut dans ses conclusions sur un arrêt légèrement antérieur, du 5 février 2009, *Association Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes* (n° 305021), relevait ainsi que l'obligation de mise en concurrence préalablement à la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public fondée sur l'arrêt *Société EDA* n'était pas applicable au bail accordé à une association n'évoluant pas dans la sphère économique. On comprend, *a contrario*, que si tel avait été le cas, la mise en concurrence aurait été nécessaire. L'arrêt du Conseil d'État semble abonder

en ce sens, mais sous un angle différent : le moyen tiré de la méconnaissance des règles relatives à la mise en concurrence des candidats à l'obtention d'une autorisation d'occupation du domaine public n'est pas jugé inopérant mais non assorti des précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé : le moyen est donc opérant.

L'état du droit n'est donc pas figé et semble plaider pour la reconnaissance de l'obligation de mise en concurrence. Telle est aussi l'opinion de la doctrine. Sophie Nicinski relève ainsi, après avoir rappelé le principe de l'absence de mise en concurrence, que « l'attribution initiale d'une ressource rare à un opérateur ou à un faible nombre d'opérateurs suppose de déterminer une technique de mise en concurrence ou une procédure d'attribution » (S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Système, 2005, p. 70). L'auteur cite l'arrêt *Telaustria*, puis un avis du Conseil de la concurrence du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits qui « vient confirmer l'existence d'obligations procédurales », le Conseil de la concurrence posant l'exigence d'une obligation de publicité préalable (*avis n° 04-A-19 du 21 oct. 2004*, RJEP/CJEG avr. 2005, n° 619, p. 144, note P. D.). Rappelant les arrêts *Telaustria*, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz* et le même avis du Conseil de la concurrence, Laurent Richer se demande « s'il reste possible d'attribuer sans publicité préalable le droit d'occuper le domaine public. En effet, selon la CJCE, le principe de non-discrimination implique une obligation de transparence, laquelle suppose un minimum de publicité » (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^e éd., 2006, n° 1017). Nous arrêterons là les exemples tant la littérature sur le sujet est abondante et, semble-t-il, l'accord des auteurs sur la question assez général (v., par ex., recensant un grand nombre de références à l'appui de son article, G. Clamour, *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics*, in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presse de la faculté de droit de Montpellier, p. 637 ; v. également C. Vautrot-Schwarz, *La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale*, AJDA 2009. 568).

En s'abstenant de procéder à une publicité et une mise en concurrence préalablement à l'adoption de la délibération litigieuse autorisant le maire à conclure avec la société Golf de Verrières un BEA, le conseil municipal de la commune de Verrières-le-Buisson a méconnu les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence gouvernant la passation des contrats publics, et entaché ladite délibération d'illégalité. » (...)

Source : Note sous l'arrêt TA Versailles 5 juillet 2010, par Julien Sorin, rapporteur public, AJDA 2010, p. 1196

4- Bibliographie indicative

Articles de doctrine

- BARON Eric et TARON David, *L'inapplicabilité des mesures de publicité et de mise en concurrence à la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public*, Petites affiches, 04 mai 2011 n°88.
- BRACONNIER Stéphane et NOGUELLOU Rozen, *L'affaire Jean Bouin*, Revue de droit immobilier 2011 p. 162
- CLAMOUR Guylain, *l'extension du « BEA-valorisation »*, Contrats et Marchés publics n° 4, Avril 2011, comm. 98.
- DU MARAIS Bertrand, *le droit de la commande publique est-il un droit de la concurrence ?*, Gazette du Palais, 2007, n°84 à 86, 25-27 mars, doctrine, p. 2 à 6.
- DIEU Frédéric, *Comment qualifier les contrats urbains ?*, Editions NET-IRIS.
- DELELIS Philippe, *Patrimoine des personnes publiques et contrat de partenariat*, Dossier le patrimoine des personnes publiques, LamyLine Droit et Patrimoine.
- FATÔME Etienne, *La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions*, AJDA 2006, p. 1087.
- FATÔME Etienne et RAUNET Michèle, *Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation*, AJDA, 2010 p. 2475.
- GAUDEMET Yves, *Les droits réels sur le domaine public*, AJDA 2006, p. 1094.
- MAUGÛE Christine et BACHELIER GILLES, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA, 2006, pp. 1073 à 1086.
- RAUNET Michèle et CHEUVREUX Bruno, *Droits réels et personnes publiques : un véritable maquis juridique. A quand une véritable réforme ?*, in Melanges en l'honneur d'E. Fatôme, Dalloz.
- SESTIER Jean-François « le périmètre du bail emphytéotique administratif », Contrats publics n° 108, mars 2011, p.37-38.
- SORIN Julien, Note de rapporteur public sous l'arrêt TA Versailles 5 juillet 2010, AJDA 2010, p. 1196.
- Fascicule *Affermage et concession*, Editions législatives.

Ouvrages

- AUBY Jean-Marie, BON Pierre, AUBY Jean-Bernard et TERNEYRE Philippe, *Droit administratif des biens*, Précis Dalloz droit public, 5^e édition, 2008.
- CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 2, 15^e édition, Montchrestien, 2001.
- GAUDEMET Yves, *Droit administratif des biens*, Traité de droit administratif, Tome 2, 13^e édition, L.G.D.J., 2008.

Rapport public

- Conseil d'État, Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Editions Etudes et Documents du Conseil d'État.

Site internet institutionnel

- Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de : www.budget.gouv.fr

ALLOCUTION D'OUVERTURE DE LA SEANCE DE L'APRES-MIDI

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*.

TABLE RONDE 2 : LA CESSION DES PROPRIETES DES PERSONNES PUBLIQUES

1. Problématique

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 (régime juridique, efficacité et limites).

L'encadrement de la cession des biens publics des personnes publiques, par les principes d'insaisissabilité et d'incessibilité à vil prix de la propriété publique, doit être discuté pour une éventuelle évolution, en s'appuyant notamment sur des exemples de droit communautaire et de droit comparé (**partie 1**). Le principe historique d'inaliénabilité, limite majeure de la cession des biens du domaine public des personnes publiques, est étudié afin de s'interroger sur la nécessité de le modifier, voire, de le supprimer (**partie 2**). L'analyse de la réforme du régime juridique de la cession des biens du domaine privé des propriétés des personnes publiques, par le législateur et le Gouvernement, permettra de débattre de son efficacité et de ses limites (**partie 3**). Enfin, les évolutions souhaitées par les gestionnaires du domaine et leur compatibilité avec les principes généraux de gestion du domaine public pourraient s'inspirer du droit comparé (**partie 4**).

2. Intervenants

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 des enseignements supérieurs. 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 6ème 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 l'Institut d'études politiques de 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 en 1979, Daniel Dubost commence sa carrière au ministère des finances en 1983 en qualité d'assistant budgétaire puis de responsable pour la direction du budget des problèmes concernant 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.

Depuis 2005, il est successivement responsable de service puis, depuis 2007, chef de service à France Domaine.

Bruno Cheuvreux**Notaire - Co-fondateur et associé de Cheuvreux Notaires**

Bruno Cheuvreux co-dirige l'Etude 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 au Conseil Supérieur du Notariat.

Bruno Cheuvreux est aussi expert associé pour la révision du Plan local d'urbanisme de Paris.

Eric Lucas**Contrôleur général des armées**

Ancien élève de l'Institut d'études politiques de Paris (1978-1981) et de l'École du commissariat de la marine (1981-1983), Eric Lucas commence sa carrière comme commissaire de la marine avant d'être nommé contrôleur général des armées en 1995.

En 1997 il devient 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, Eric Lucas est nommé adjoint au directeur des affaires financières et de 2004 à 2007, directeur, adjoint au secrétaire général pour l'administration

Depuis août 2007, Eric 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, depuis 2003, 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.

Ses domaines de spécialité sont le droit des contrats publics et le droit public économique en général.

Il est le 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.

3. Textes et documents de référence

PARTIE 1. La cession des biens publics des personnes publiques encadrée par les principes d'insaisissabilité et d'incessibilité à vil prix de la propriété publique

I. Le principe d'insaisissabilité

A. La consécration législative actuelle du principe d'insaisissabilité par le CGPPP

Le principe d'insaisissabilité est apparu dans plusieurs textes anciens avant d'avoir été érigé au rang de principe général du droit par la jurisprudence, puis, consacré par le législateur à l'article L. 2311-1 du CGPPP.

« La combinaison des deux principes de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité rend tout à fait justifié qu'il soit considéré que les biens appartenant au domaine public sont exclus du champ d'application des voies d'exécution de droit privé.

Le droit domanial public doit à la Cour de cassation d'avoir érigé l'insaisissabilité des propriétés publiques au rang de principe général du droit (*Cour de cassation, 1ère chambre civile, 21 décembre 1987, Bureau de recherches géologiques et minières*). Cette soustraction des collectivités publiques aux voies d'exécution de droit commun est rattachée par la doctrine à plusieurs textes anciens, notamment, l'article 537 alinéa 2 du code civil, la loi du 22 novembre-1^{er} décembre 1790, le décret du 22 août 1791 et la loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire. »

Source : Seydou TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions Vuibert, janvier 2008

« [Toutefois, il a été] jugé qu'en application des pouvoirs du préfet, en cas de carence d'une collectivité territoriale à assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, le préfet peut à ce titre procéder à la vente des biens appartenant à la collectivité défailante dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge (*Conseil d'État, 18 novembre 2005, n° 271898, Société fermière de Campoloro*). Dans ce cas très particulier, il y a partiellement échec au principe d'insaisissabilité.

En 2006, le principe d'insaisissabilité est maintenu par son introduction à l'article L. 2311-1 du CGPPP. »

Source : Gustave PEISER, *Droit administratif des biens*, Mémentos Dalloz, 20e édition, 2010

Cet article prescrit que « les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 », c'est-à-dire de l'État, des collectivités territoriales et de leurs groupements et des établissements publics, sont insaisissables.

« Le fait pour cet article de circonscrire l'insaisissabilité aux biens des seules personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 ne peut avoir pour effet de rendre éventuellement saisissables les biens appartenant aux autres personnes publiques de l'article L. 2 du même code. Ceux des biens de ces personnes publiques spéciales de l'article L. 2 qu'un texte a entendu classé expressément dans le domaine public tombent dans le champ d'application de l'insaisissabilité (article L. 2311-1), et ceux de leurs biens qui pourraient échapper au champ d'application de l'article L. 2311-1 bénéficieraient de l'insaisissabilité résultant du principe général du droit consacré par la décision de la Cour de cassation du 21 décembre 1987 dite Bureau de recherches géologiques et minières. »

Source : Seydou TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions Vuibert, janvier 2008

B. Pour une évolution de l'insaisissabilité des biens publics : éléments de droit communautaire et de droit comparé

Le principe historique d'insaisissabilité apparaît vieilli d'une part, face aux récentes évolutions du droit international public et privé des saisies et d'autre part, par rapport aux droits fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'homme et aux impératifs spécifiques des établissements publics industriels et commerciaux. Une évolution de ce principe semble dès lors légitime et doit être discutée à la lumière des autres droits, tels le droit communautaire et le droit comparé.

« L'insaisissabilité des biens en droit administratif français revêt toujours une acception strictement organique ; elle puise sa source « dans la quintessence de la personnalité morale de droit public »⁸¹, sans être corrigée par des considérations tenant à la fonction des biens en cause.

Cette solution contraste nettement avec plusieurs évolutions récentes du droit des saisies.

En droit international public, par exemple, une convention des Nations unies du 2 décembre 2004, signée par la France le 17 janvier 2007, relative aux immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, stipule que les saisies contre les États sont

⁸¹ B.Plessix, L'éternelle jeunesse du service public, JCP A, 2004, p.1614.

possibles s'il s'agit de biens « utilisés autrement qu'à des fins de service public non commerciales »⁸².

Le droit privé des saisies évolue également : il est désormais permis à l'entrepreneur individuel « de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier (...) qu'[il] n'a pas affecté à son usage professionnel » (art.L.526-1 nouveau du code de commerce, dérogeant à l'article 2284 du code civil)⁸³. Le législateur commercial s'est ainsi émancipé du principe privatiste traditionnel d'unité du patrimoine. Par ailleurs, la transformation de l'établissement public « Aéroport de Paris » en entreprise privée a entraîné une limitation de l'insaisissabilité de ses biens : seuls les ouvrages et terrains qui sont nécessaires à la « bonne exécution par la société de ses missions de service public » ne peuvent faire l'objet de voies d'exécution (Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, art.6, JO, 21avril 2005, p.6969, codifiée à l'article L. 251-3 du code de l'aviation civile)⁸⁴. On pouvait y percevoir les prémices d'une acception nouvelle en droit administratif, attentive à la fonction du bien en cause.

Mais le principe administratif d'insaisissabilité des biens des personnes publiques peut-il évoluer ? (...) Le principe d'insaisissabilité demeure inchangé, mais souffre d'une présentation révélatrice de ses faiblesses. Le tableau se noircit, et les critiques fusent dans deux registres principaux.

D'une part, l'insaisissabilité heurte les droits fondamentaux tenant à l'exécution des décisions de justice et au respect des biens. Sa compatibilité avec le droit de la Convention européenne des droits de l'homme paraît ainsi mal assurée ; il y a là sans doute un enjeu essentiel pour l'avenir. En effet, la Cour de cassation a récemment jugé qu'un régime d'insaisissabilité totale, excluant toute voie d'exécution, « constitue (...) une mesure discriminatoire, portant une atteinte non justifiée par un but légitime au droit de propriété (...) et son application contrevient ainsi aux dispositions combinées des articles 14 de la Convention et 1er du

protocole additionnel n° 1 à cette Convention » (*Cour de cassation, 2e chambre civile, 3 mai 2007, Mme X contre M. Y, LPA, 9 janvier 2008*⁸⁵).

D'autre part, l'insaisissabilité semble peu compatible avec les impératifs particuliers des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), qui sont engagés dans la vie commerciale. Elle procure un avantage contestable : commerçants, ces établissements peuvent néanmoins s'abriter derrière leur caractère public dès que le droit privé leur est défavorable⁸⁶.

À ce premier élément, que l'on retrouvera, s'ajoute le fait que l'insaisissabilité exclut l'emploi de certains mécanismes de crédit qui supposent le recours aux saisies, tels l'hypothèque ou l'antichrèse⁸⁷ ; certains EPIC en seraient peut-être lésés dans leur recherche de financements. Profondément exorbitante du droit commun, l'insaisissabilité participe ainsi des difficultés de ces établissements, mal équilibrés entre des contraintes sans doute trop fortes et des avantages trop évidents, tiraillés entre le droit administratif et le marché depuis l'origine.

Reste que l'imperfection du régime des EPIC est d'une inquiétante actualité. Il est à peine besoin d'insister sur ce sujet bien connu. Leur statut « bride aujourd'hui le développement [des entreprises publiques] en limitant la diversification de leurs activités, mais également en les privant de la possibilité de lever des fonds propres sur le marché ou de procéder à des échanges de titres pour financer leurs acquisitions »⁸⁸. Et, en toute occurrence, leurs spécificités « posent de tels problèmes de compatibilité avec les règles de concurrence que se pose nécessairement la question d'une évolution à terme rapproché de leur régime, voire de l'extinction de la catégorie des entreprises publiques en tant qu'établissements

⁸² «... et situés sur le territoire de l'État du for » poursuit l'article 19c) de la Convention (DOC A/59/508). Sur ce texte, qui est l'aboutissement de nombreux travaux, cf. I. PINGEL (dir.), Droit des immunités et exigences du procès équitable, Pedone, 2005 (v. en particulier les études de G.Hafner et R.Abraham).

⁸³ Sur cette évolution importante du droit privé, qui résulte des lois n° 2003-721 du 2 août 2003 et n° 2008-776 du 4 août 2008, v. notamment S.Piedelièvre, Le nouveau droit de l'insaisissabilité, Defrénois, nov. 2008, n° 20, p.2245; X.De Roux, Le gouvernement prépare l'introduction du patrimoine d'affectation de l'entrepreneur individuel (entretien), LPA, déc. 2008, n° 244, p.3.

⁸⁴ Sur ce texte, S.Braconnier, La loi n°2005-257 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, la régulation économique à l'épreuve du service public, RJEP/CJEG, 2006, n° 627, p.1, et De la protection à la valorisation, brèves réflexions sur la propriété aéroportuaire, in Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p.101.

⁸⁵ V.aussi sur ce point, S.Clamens, Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, AJDA, 2000, p.767.

⁸⁶ V.par ex., R.Drago, note sous Cass. civ., 9 juillet 1951, SNEP, S., 1952, I, p.125. Notons que certains privatistes ne goûtent guère cette originalité administrative. V.en particulier R.Perrot, Rapport de synthèse, RTD civ., 1993, n° spéc., p.168 : « cette citadelle administrative » est une de « ces entorses au droit commun [qui] exaspèrent facilement » ; « Lorsque l'administration est créancière, elle prétend s'arroger des prérogatives exorbitantes du droit commun. Lorsqu'elle est débitrice, elle se réfugie derrière l'immunité d'exécution dont le domaine a été en s'amplifiant au cours des dernières années par son extension aux EPIC ».

⁸⁷ Y.Gaudemet, Traité de droit administratif, t.1, Droit administratif général, LGDJ, 16^eéd., 2001, n° 663 et s.; Hypothèque et domaines des personnes publiques, Dr. aff., 1996, n° 2, p.33; L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité, insaisissabilité, inarbitrabilité), in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago, Economica, 1996, p.259, spéc. p.268 et s.

⁸⁸ Rapport A.N., sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision dit « Douste-Blazy », n° 1004, remis le 3 juillet 2003, p.43.

publics »⁸⁹. Aussi, sauf à accepter cette remise en cause, il est nécessaire de s'interroger sur le bien-fondé de chacune des règles applicables aux EPIC.

Le sujet est donc empreint d'une certaine gravité, et l'on comprend que s'il faudra « procéder par étapes » pour réévaluer le principe d'insaisissabilité en droit administratif, la première d'entre elles sera bien « de considérer spécialement la situation des entreprises publiques à forme d'établissement public »⁹⁰.

Sur cette voie, la ligne directrice retenue ici a été de confronter l'acception du droit administratif français avec les exigences ou les propositions d'autres droits. Parmi eux, certains sont susceptibles de condamner (ou de conforter) l'insaisissabilité des biens : ainsi, par exemple du droit communautaire, du droit international ou du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. D'autres, sans entrer dans un rapport de supériorité, peuvent inspirer des solutions différentes : ainsi du droit privé ou des droits administratifs étrangers. Le choix s'est alors porté sur le droit communautaire d'abord, le droit comparé ensuite. Le premier est un censeur régulier des EPIC soumis aux exigences de la concurrence. Le second semble encore peu exploité dans les réflexions sur le sujet. Quels sont leurs apports au débat ? L'acception organique de l'insaisissabilité ne résiste pas à cette confrontation. Elle est condamnée par le droit communautaire ; elle est ignorée par le droit comparé. À l'inverse une acception plus nuancée, limitée à certaines activités spécifiques — l'acception fonctionnelle — devrait être approfondie : elle n'est pas exclue par le droit communautaire ; elle est plébiscitée en droit comparé.

En effet, le droit communautaire est aujourd'hui un instrument très puissant de condamnation de l'insaisissabilité des biens des EPIC, du moins dans son acception organique. Le principe est d'ailleurs au cœur d'une action menée avec constance par la Commission européenne à l'encontre des EPIC depuis le début de la décennie. Afin d'éviter les dangers d'une opposition systématique avec la Commission, c'est dans le cadre général qu'elle dessine, et en le respectant, qu'il faudra penser l'insaisissabilité. Ce cadre précisé, certaines inspirations seront peut-être à puiser dans les droits étrangers. La solution française en la matière est en effet différente de celles consacrées chez la plupart de nos voisins, et qui correspondent mieux aux exigences du marché commun. Le droit comparé constitue ainsi une aide précieuse pour penser l'évolution. »

⁸⁹ M. Lombard, Les conséquences juridiques du passage de l'État propriétaire à l'État actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence, RFAP, 2007, p.576.

⁹⁰ GAUDEMET Yves, Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques, RJE, août 2007, p.3.

Source : François BLANC, *L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2009 n° 6, p. 1553

II. Le principe d'incessibilité à vil prix

A. La consécration constitutionnelle actuelle du principe

Le principe d'incessibilité à vil prix de la propriété publique est issu de règles plus générales du droit public voire, plus particulièrement, du droit des biens avant d'avoir été consacré récemment par le juge constitutionnel. En effet, le Conseil constitutionnel a posé les deux principes fondateurs de la règle d'incessibilité à vil prix de la propriété publique issus de la Déclaration de 1789. Il a également contribué à la définition du principe en introduisant de nouvelles notions, comme celle de « contrepartie appropriée ».

« En soi, la règle selon laquelle les propriétaires publics ne peuvent céder, aliéner ou échanger leurs biens sans contrepartie effective n'est que l'expression, dans le droit des biens, du principe selon lequel les personnes et collectivités publiques ne peuvent pas consentir de libéralités car les biens qu'elles possèdent, acquis par des deniers publics, sont directement ou indirectement le support de l'intérêt général dont elles ont la charge (v. BOURRACHOT, *La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens*, RFDA 2003, p.1110).

L'interdiction d'aliéner à vil prix rejoint la prohibition plus générale des libertés qui est traditionnelle en droit public (**Conseil d'État 17 mars 1893, Chemins de fer de l'est**, D.1894, p.119, conclusions M.ROUGEVIN-BAVILLE ; **Tribunal administratif de Paris, 2 avril 2003, Lion contre Ville de Paris**, RJEP 2003, p.570, observations Y.GAUDEMET). »

Source : Yves GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, Traité de droit administratif, Tome 2, 13e édition, L.G.D.J., 2008, p.23

Ce principe a été consacré ultérieurement par la jurisprudence constitutionnelle.

« La règle de l'incessibilité à vil prix, règle spécifique à la propriété publique, découle de deux principes, que le Conseil constitutionnel a rappelé, 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, et qui résultent, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 (cons. 15, **Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, n° 2009-594 DC, Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports**). Le

Conseil reprend, pour énoncer ces principes, la même formule que celle de la décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008 (cons. 25) ; elle confirme ainsi la place respective de ces deux principes, qui n'était pas clairement identifiable avant la décision de 2008. Dans la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, en effet, le Conseil faisait référence au principe d'égalité dont découle la règle d'incessibilité à vil prix de la propriété publique ; il ajoutait que cette règle « ne trouv[ait] pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due » (cons. 58). Dans sa décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, au contraire, le Conseil ne faisait plus référence au principe d'égalité et s'était fondé sur les seules dispositions de l'article 17 de la Déclaration (cons. 3).

Le Conseil introduit en outre, pour la première fois à notre connaissance, dans la décision n° 594 DC, la notion, inspirée de la Convention européenne des droits de l'homme, de « droit au respect des biens garantis par ces dispositions » pour évoquer la propriété publique (cons. 15). Si la référence à ces deux principes pour fonder la reconnaissance d'une propriété publique repose sur une forme d'assimilation de la propriété publique à la propriété privée, elle conduit en réalité à appliquer à la propriété publique une règle de protection spécifique. Il est intéressant de relever à ce titre que la formule utilisée dans la décision de 1986, laquelle précisait 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 », est devenue à partir de 2008, « 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 ».

Ces principes, d'où découle la règle de l'incessibilité à vil prix des biens publics, « 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 » (**cons. 25, décision n° 567 DC**). »

Source : Laetitia JANICOT, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle (3e partie)*, Petites affiches, n° 99, 19 mai 2010, p. 6

« L'expression de « contrepartie appropriée » a été introduite dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel par la décision du 21 juillet 1994 aux termes de laquelle les dispositions de la Déclaration de 1789 feraient « obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur

réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté ».

La décision QPC du 17 décembre 2010 reprend cette expression en l'appliquant au transfert de propriété. Ainsi, elle fait écho à la jurisprudence du Conseil d'État, qui admet la cession de biens des collectivités territoriales aux personnes privées quand il existe des motifs d'intérêt général et des « contreparties suffisantes » (V., pour les cessions de terrain aux entreprises : **Conseil d'État, 3 novembre 1997, n° 169473, Commune Fougerolles** : JurisData n° 1997-050818 ; Rec. CE 1997, p. 391 ; AJDA 1997, p. 1010, note Richer ; CJEG 1998, p. 16, concl. Touvet ; D. 1997, inf. rap. p. 254 et D. 1998, jurispr. p. 131, note Davignon ; Dr. adm. 1997, comm. 387, L. T. ; Gaz. cnes. 8 déc. 1997, p. 36, concl. ; JCP E 1998, p. 270, note Chouvel ; JCP G 1998, I, 165, n° 34, chron. Petit et II, 10007, note Piastra ; JCP N 1998, p. 64, note Bardon ; Mon. TP 28 nov. 1997, p. 74, note Dequéant ; LPA 6 févr. 1998, p. 13, note Calvo et 7 oct. 1998, p. 24, chron. Morand-Deviller ; RD imm. 1998, p. 227, chron. Maugué ; RFD adm. 1998, p. 12, concl. – Pour les cessions, notamment, aux associations : **Conseil d'État, 25 novembre 2009, n° 310208, Commune Mer** : JurisData n° 2009-014912 ; AJDA 2010, p. 51, note Yolka ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 41, note Eckert ; Dr. adm. 2010, comm. 23, note Melleray ; Gaz. cnes 8 janv. 2010, obs. Gerbeau ; JCP A 2010, 2031, note Rouault ; JCP A 2010, 2091, note Chamard-Heim ; JCP G 2010, 325, même note).

De la contrepartie suffisante à la contrepartie appropriée, la distance est aussi faible qu'entre les deux ailes du Palais-Royal ; la QPC pourrait favoriser la convergence des jurisprudences administrative et constitutionnelle. »

Source : Philippe YOLKA, *L'inconstitutionnalité du transfert de propriété gratuit des immeubles de l'État mis à disposition de l'AFPA*, La semaine juridique administrations et collectivités territoriales n° 1, 3 janvier 2011, p. 2002

B. L'interprétation réaliste du principe par le Conseil d'État parfois critiquée

Le Conseil d'État adopte une interprétation réaliste du principe d'incessibilité à vil prix de la propriété publique, lui conférant ainsi un caractère peu contraignant. Cette interprétation du Conseil d'État, parfois critiquée, doit être discutée.

« Le Conseil d'État au contentieux a retenu une interprétation peu contraignante, mais réaliste, [des] principes protecteurs des propriétés publiques et s'opposant à ce qu'un élément d'un patrimoine public puisse être cédé à vil prix.

Alors que le tribunal administratif de Besançon en avait tiré la conséquence qu'une commune ne pouvait pas céder une parcelle de son domaine privé

à un prix inférieur à sa valeur, et notamment pas pour un franc symbolique (**Tribunal administratif de Besançon, 6 avril 1995, Préfet de la Haute-Saône contre Commune de Fougerolles**, AJDA 1995, observations B.LAMORLETTE), le Conseil d'État a jugé au contraire, dans cette affaire, que 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 comprend des contreparties suffisantes » (en l'espèce, engagement de créer quelques emplois sur trois ans) (**Conseil d'État, 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles, n°169473**).

La solution ainsi retenue par le Conseil d'État était déjà celle de différents jugements des tribunaux administratifs dans des affaires analogues et elle avait été proposée par le Guide de l'action économique des collectivités locales édité par le ministère de l'intérieur (indications données par B.LAMORLETTE dans sa note précitée). Elle est critiquée par L. RICHER qui estime que, « ce n'est pas au juge de protéger les communes contre les facilités de l'aide indirecte » et pense que « la question devrait être bientôt entre les mains du législateur » (note précitée à l'AJDA 1997, p.1012).

Depuis, le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel de Nantes ont jugé qu'il n'y avait pas vente à vil prix et méconnaissance du principe constitutionnel d'incessibilité dans le fait, pour une commune, de céder des lots d'un lotissement communal à bas prix au regard des motifs d'intérêt général poursuivis par ailleurs (respectivement, **Tribunal administratif de Nantes, 28 avril 1998, Préfet de la Vendée, n°97-4256** et **Cour administrative d'appel de Nantes, 30 juin 2000, Préfet de la Vendée, n°96NT01299 et 00NT00040**).

Dans un arrêt du 7 juin 2006, le Conseil d'État a retenu le principe de la responsabilité contractuelle d'une entreprise qui n'avait pas respecté les engagements pris par elle envers la commune de créations d'emplois en contrepartie de la cession d'un terrain aménagé aux frais de la commune et du département ; cette méconnaissance des engagements contractuels justifie le remboursement à la commune des sommes inutilement engagées par elle (**Conseil d'État, 7 juin 2006, Asselin, n° 286350**). Mais l'arrêt ne se prononce pas sur une éventuelle résolution de la vente d'un terrain, ce qui serait la sanction normale d'une cession intervenue en méconnaissance du principe constitutionnel d'incessibilité à vil prix des propriétés publiques.

En l'absence de toute contrariété liée à l'action économique ou sociale, la vente par une commune d'une propriété 30 % en dessous du prix estimé par le service des domaines est jugée illégale comme contraire au principe d'incessibilité à vil prix (**Cour administrative de Nantes, 6 juin 2006, Société Parmentier Sens contre Commune de Courtenay, n° 05NT00850**).

Il faut désormais considérer la question du point de vue des aides d'État (qui incluent les aides des collectivités locales) dont on sait qu'elles sont en principe prohibées par le droit communautaire dès lors que susceptibles d'affecter le marché commun (voir la circulaire du 7 janvier 2002, n°1284) et qu'elles doivent donner lieu à répétition. »

Source : Yves GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, Traité de droit administratif, Tome 2, 13e édition, L.G.D.J., 2008, p.24-25

Dans un récent arrêt du Conseil d'État de 2009, « transposant la jurisprudence *Commune de Fougerolles* en dehors du droit des aides aux entreprises, le Conseil d'État considère que les collectivités territoriales peuvent céder à des personnes privées (en l'occurrence, certaines associations) des immeubles en dessous de leur valeur vénale, dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général et des contreparties suffisantes (**Conseil d'État, 25 novembre 2009, Commune de Fougerolles, n° 310208**). Une telle solution n'est pas sans soulever des interrogations, s'agissant tant de son articulation avec le droit écrit que du raisonnement suivi par la haute juridiction (...).

La première apparaît inhérente aux termes employés, les « motifs d'intérêt général » et les « contreparties suffisantes » étant des formules suffisamment élastiques pour laisser au juge toute latitude dans les contentieux à venir. Il ne s'agit pas vraiment d'un gage de « sécurité juridique ».

La deuxième porte sur la combinaison de cette jurisprudence avec le dispositif réglementaire encadrant les aides immobilières aux entreprises. Car, de deux choses l'une : soit la décision du 25 novembre 2009 joue seulement en dehors de cette matière, ce qui serait raisonnable, mais aurait impliqué une réserve explicite ; soit elle y joue également, en surimpression des dispositions réglementaires du code général des collectivités territoriales. La généralité du considérant de principe autorise une telle lecture, qui emporterait néanmoins des conséquences contestables si elle venait à se confirmer (voire à essaimer à propos des locations au rabais : v., par comparaison, **Cour administrative d'appel de Marseille, 15 octobre 2007, Commune d'Aubagne, n° 04MA01640**). A quoi servirait en effet un encadrement détaillé des aides, si le Conseil d'État repasse derrière le pouvoir réglementaire en prévoyant des possibilités à la fois

plus larges (compte tenu des termes employés) et moins précises ? L'enjeu n'est pas mince : les cessions à l'euro symbolique de biens immobiliers au profit des entreprises sont exclues par le code général des collectivités territoriales, vu les dispositions des articles R. 1511-4 et suivants ; mais elles pourraient revenir par la fenêtre jurisprudentielle ainsi ouverte. Alors des zones de friction avec le droit communautaire apparaîtraient inévitablement ; il faut se souvenir qu'en 2005, la réforme du droit des aides immobilières avait été justifiée par une « mise aux normes » du droit français.

La troisième difficulté tient au raisonnement suivi. L'existence de motifs d'intérêt général se conçoit aisément, dès lors qu'elle correspond à l'objectif d'intégration de populations immigrées. Mais quid des « contreparties suffisantes » ? C'est là que le bât blesse. La jurisprudence antérieure, concernant les aides immobilières aux entreprises, témoignait d'une approche parfaitement logique de la notion de contreparties : ces dernières résidaient dans les engagements souscrits par les bénéficiaires de l'aide (création d'emplois, etc.). Or, les contreparties sont envisagées ici d'une manière insolite : elles consistent dans la possibilité offerte aux associations attributaires de développer leurs activités. En d'autres termes, la contrepartie d'une cession préférentielle réside dans les avantages qu'en tire son bénéficiaire.

Source : Philippe YOLKA, *Sur un Lazare contentieux : l'arrêt Commune de Fougerolles*, AJDA, 2010, p. 51

B. L'inapplication du principe à une cession de propriété entre deux personnes publiques

Le juge constitutionnel a consacré l'inapplication à une cession de propriété entre deux personnes publiques du principe d'incessibilité à vil prix de la propriété publique.

« Le Conseil constitutionnel considère que « le droit au respect des biens ne s'oppose pas à ce que le législateur procède au transfert gratuit de dépendances du domaine public entre personnes publiques » (cons. 15, **Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, n° 2009-594 DC, Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports**). Une seule condition s'impose : ce « transfert ne doit pas avoir 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 » (cons. 16). Cette condition ne surprend pas, dans la mesure où elle a déjà été posée à plusieurs reprises par le Conseil. Puisque le principe d'inaliénabilité n'a pas valeur constitutionnelle, le législateur peut autoriser des transferts de propriété de biens du domaine public sans désaffectation

(déc. n° 2005-513 DC du 14 avril 2005 ; art. L. 3112-1 du CGPPP). En tout état de cause, si le principe d'inaliénabilité a pour finalité de protéger l'affectation à l'utilité publique, il ne devrait pas empêcher la réalisation de transfert de propriété sans disparition de l'affectation. On pouvait être enclin à penser que cette réserve constituait un élément du régime juridique du domaine public, ou à tout le moins, qu'elle se rapportait à l'exigence de continuité du service public. Mais la conclusion à laquelle parvient le Conseil est assez ambiguë : en concluant que « la loi ne méconnaît pas les exigences constitutionnelles en matière de propriété des personnes publiques » (cons. 16), il considère de manière pour le moins surprenante cette exigence comme un élément de la propriété publique. »

Source : Laetitia JANICOT, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle (3e partie)*, Petites affiches, n° 99, 19 mai 2010, p. 6

C. L'appréciation délicate du principe vis-à-vis des personnes chargées de missions d'intérêt général

L'appréciation du principe d'incessibilité à vil prix vis-à-vis des personnes chargées de missions d'intérêt général est délicate, comme en atteste la récente décision QPC du Conseil constitutionnel du 17 décembre 2010. En effet, un transfert gratuit des biens d'une personne publique à une personne chargée d'une mission d'intérêt général est légal sous réserve de l'appréciation stricte du juge de l'existence d'une mission de service public et du respect de l'exigence de continuité du service public. A défaut, le principe d'incessibilité à vil prix de la propriété s'applique et le transfert gratuit est illégal.

« Par une décision QPC du 17 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 54 de la loi du 24 novembre 2009 relative à la formation professionnelle (**Conseil constitutionnel, 17 décembre 2010, n° 2010-67/86 QPC, Région Centre et région Poitou-Charentes**). Cette disposition prévoyait le transfert gratuit à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) des biens immobiliers de l'État mis à sa disposition (...)

Le Conseil constitutionnel s'est fondé, pour censurer le transfert patrimonial en cause, sur deux éléments : d'une part, le fait que l'AFPA se soit vue retirer certaines missions de service public ; d'autre part, le fait qu'aucun mécanisme ne permettait de garantir que les biens resteraient affectés aux missions de service public qu'elle continue à exercer. Le couplage avec le service public est donc clair : pas de service public, pas d'intérêt public (alors même que l'AFPA reste, à ce jour, une association reconnue d'utilité publique). »

Source : Philippe YOLKA, *L'inconstitutionnalité du transfert de propriété gratuit des immeubles de l'État mis à disposition de l'AFPA*, La semaine juridique administrations et collectivités territoriales n° 1, 3 janvier 2011, p. 2002

PARTIE 2. La cession des biens du domaine public des personnes publiques limitée par le principe d'inaliénabilité

I. Le principe historique d'inaliénabilité

A. La consécration législative actuelle du principe

a. La valeur législative du principe réaffirmée par le CGPPP

Pour le Conseil d'État, « la protection du domaine public est un impératif d'ordre constitutionnel » (*Conseil d'État, 21 mars 2003, Syndicat intercommunal de la Périphérie de Paris pour l'électricité et le réseau*).

Selon le Conseil constitutionnel, les pouvoirs publics doivent préserver « les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public » (*Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC ; Conseil constitutionnel, 21 juillet 1994, n° 94-346 DC*).

La nécessité de protéger le domaine public a donné naissance à un ensemble de règles exorbitantes du droit commun, qui s'appliquent aussi bien aux administrés qu'à l'administration elle-même, comme le principe d'inaliénabilité.

L'inaliénabilité est un principe ancien dont la portée a évolué. Sa valeur législative, issue de l'article L.52 du code du domaine de l'État et de la loi d'amélioration de la décentralisation n°88-13 du 5 janvier 1988, a été réaffirmée par le CGPPP.

« Il est de coutume de rappeler que l'Édit de Moulins du 15 février 1566, à l'origine de l'instauration du principe d'inaliénabilité du domaine public, visait à éviter les démembrements du domaine de la Couronne.

[Toutefois, une partie de la doctrine tel Jean Dufau remet en cause cette origine (DUFU Jean, *Fasc. 406-10 : DOMAINE PUBLIC. – Protection juridique*, JurisClasseur Administratif, 8 fév. 2004).]

La Révolution de 1789 fit le choix de tempérer la portée du principe d'inaliénabilité en autorisant le législateur à prévoir l'aliénation de certaines parties du domaine, devenu celui de la Nation (décret des 22 novembre-1^{er} décembre 1790).

L'élaboration de la théorie générale du domaine public à partir du milieu du XIXe siècle et la prééminence du critère de l'affectation permirent de rétablir la pleine signification du principe d'inaliénabilité, avec le concours de la jurisprudence. »

Source : Seydou TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions Vuibert, janvier 2008

« Avant l'édition du CGPPP, [le principe d'inaliénabilité figurait] déjà à l'article L.52 du code du domaine de l'État et la loi d'amélioration de la décentralisation du 5 janvier 1988 [n°88-13] en avait formellement confirmé l'application au domaine public local. »

Source : Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, Précis Dalloz Droit public, 5e édition, 2008

Enfin, l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 inscrit ce principe dans plusieurs articles de codes :

- **Article L. 3111-1, CGPPP** : Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables (...);

- **Article L. 3111-2, CGPPP** : Le domaine public maritime et le domaine public fluvial sont inaliénables sous réserve des droits et des concessions régulièrement accordés avant l'édit de Moulins de février 1566 et des ventes légalement consommées de biens nationaux ;

- **Article L. 1311-1, CGCT** : Conformément aux dispositions de l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, les propriétés qui relèvent du domaine public des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont inaliénables (...);

- **Article L. 6148-1, CSP** : Conformément aux dispositions de l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, les propriétés qui relèvent du domaine public des établissements publics de santé et de structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique sont inaliénables (...).

b. L'absence de valeur constitutionnelle du principe

Le principe d'inaliénabilité des biens du domaine public n'a pas de valeur constitutionnelle, comme le consacrent le juge constitutionnel et la doctrine.

« Le Conseil constitutionnel a été amené à juger que le principe d'inaliénabilité du domaine public n'a pas de valeur constitutionnelle (*Conseil constitutionnel, 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public ; Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, n° 96-380 DC, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom*).

La règle de l'inaliénabilité du domaine public s'oppose seulement à ce que des biens qui constituent ce domaine soient aliénés sans qu'ils aient été, au préalable, déclassés (*Conseil Constitutionnel, 18 septembre 1986, n°86-217 DC, Liberté de communication*). »

Source : Seydou TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions Vuibert, janvier 2008

H-G. Hubrecht conclut que « le principe fondamentalement constitutionnel [réside] dans la compétence exclusive du législateur pour déclasser, c'est-à-dire pour permettre l'aliénation ».

Source : Hubert-Gérald HUBRECHT, *L'inaliénabilité, principe et avenir d'un principe de droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Dimitri Launoff : La Constitution et les valeurs, Dalloz, 2005

B. La fonction controversée du principe

a. Un principe garantissant l'affectation du bien du domaine public

Le législateur, la doctrine classique et la jurisprudence confèrent au principe d'inaliénabilité un rôle primordial garantissant l'affectation du bien du domaine public.

Le principe d'inaliénabilité des biens du domaine public, rappelé par l'article L. 1311-1 du code général des collectivités territoriales, a pour objet de protéger l'affectation de ces biens (**Conseil d'État, 19 décembre 2007, n° 288017, Commune de Mercy-Le-Bas**).

L'article L.2111-1 du CG3P réaffirme le caractère déterminant du critère de l'affectation en disposant que les biens publics appartenant au domaine public sont ceux qui sont affectés au public ou à un service public. Les commentateurs du CGPPP n'avaient d'ailleurs pas manqué de relever que : « l'affectation reste ainsi dans le nouveau code aussi importante qu'elle l'était précédemment : elle est même déterminante »⁹¹ ; « l'affectation publique devient ainsi un nouveau sésame à l'intérieur du patrimoine public »⁹².

Envisagée comme la « contribution d'un bien public donné à la satisfaction d'un besoin public d'intérêt général »⁹³, la notion d'affectation des propriétés publiques a toujours été perçue par la doctrine classique et la jurisprudence comme la « condition juridique et matérielle cumulative de la domanialité publique d'un bien » et, de manière générale, définie par rapport à l'utilité publique. Outre la distinction entre domaine public et domaine privé, ce critère de l'« affectation » devait permettre d'éviter une extension trop importante du régime de la domanialité publique. C'est ainsi que, procédant à la synthèse des écrits de ses prédécesseurs, le doyen Maurice Hauriou a-t-il pu affirmer que pouvaient être qualifiées de dépendances domaniales « toutes les choses qui, étant propriétés administratives, ont

été l'objet d'une affectation formelle à l'utilité publique »⁹⁴.

b. Un principe protecteur de l'appartenance publique de la dépendance

Pour de nombreux auteurs tels Hervé de Gaudemar, l'inaliénabilité a une fonction autre que de garantir l'affectation du bien du domaine public : il est un principe protecteur de l'appartenance publique de la dépendance

« L'inaliénabilité du domaine public est une règle qui concerne la titularité de la propriété de la dépendance domaniale et non le régime de son utilisation. Elle garantit le respect du principe de la soustraction à la circulation juridique privée des biens du domaine public qui résulte de la spécificité de leur affectation. »

Source : Hervé de GAUDEMAR, *L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture*, Dossier « Le patrimoine des personnes publiques », LamyLine Droit et patrimoine, n° 179, 2009

C. Les conséquences traditionnelles du principe

a. Les conséquences du principe sur les droits réels constitués sur le domaine public

Le principe d'inaliénabilité a des conséquences positives ou négatives, selon les cas, sur la constitution de droits réels sur le domaine public comme le souligne le juge administratif ou le législateur.

« En principe, l'inaliénabilité empêche l'aliénation d'un démembrement du droit de propriété et ainsi de conférer des droits réels (**Conseil d'État, 6 mai 1985, n° 41589, Association Eurolat Crédit Foncier de France**). Toutefois, la constitution de droits réels sur le domaine public a été prévue : pour l'État, par les articles L. 2122-5 à L. 2122-21 du CGPPP ; pour les collectivités territoriales, par les articles L. 1311-2 à L. 1311-8 du CGCT et pour les établissements publics de santé, par les articles L. 6148-2 à L. 6148-5-3 du CSP. »

Source : Elnet Construction et urbanisme, *Etude : domaine public, Partie 7 : Cession du domaine public*, n°347 et s., Editions Législatives 2011

⁹¹ DELVOLLE Pierre, *Regard extérieur sur le code*, 09-10/2006, n° 5, pp. 899-904, RFDA, 2006.

⁹² RAPP Lucien, *La domanialité publique virtuelle*, RFDA, 2006.

⁹³ TRAORE Seydou, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions VUIBERT, janvier 2008.

⁹⁴ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, 1933.

b. Les conséquences du principe sur la vente

Le principe d'inaliénabilité a des conséquences sur la vente comme l'illustre les jurisprudences judiciaire et administrative. Par exemple, le champ d'application de la vente d'un bien du domaine public est fortement limité par le principe d'inaliénabilité.

« En dehors des régimes dérogatoires, la vente d'un bien du domaine public est nulle (*Cour de cassation, 1ère chambre civile, 2 avril 1963, n° 60-13.239, Montagne contre Réunion des musées de France*). L'acquéreur de bonne foi doit restituer le bien, sans pouvoir en réclamer le remboursement (*Tribunal correctionnel de Montluçon, 29 septembre 1965*) puisque les dispositions de l'article 2279 du code civil ne s'appliquent pas aux biens faisant partie du domaine public (*Cour de cassation, chambre civile, 17 juin 1896; Cour de cassation, chambre criminelle, 16 juin 1992, n° 91-86.829*).

Cependant, l'acquéreur peut se retourner contre le vendeur afin de récupérer les sommes qu'il a versées. De ce fait, si le vendeur est l'administration propriétaire, le principe de la restitution gratuite est écarté (*Tribunal de grande instance de Rouen, 13 novembre 1961*).

La nullité est prononcée par la juridiction judiciaire (*Cour de cassation, 1ère chambre civile, 2 avril 1962*) sauf question préjudicielle d'appartenance au domaine public. Le juge administratif serait également compétent pour connaître du recours en annulation contre les actes détachables de l'aliénation (*Conseil d'État, 22 avril 1904, Veuve Nathan; Conseil d'État, 11 octobre 1995, Tête*).

Toute personne est fondée à invoquer la règle de l'inaliénabilité du domaine public lorsque cette règle est nécessaire à la défense de ses droits. Cette règle peut être invoquée par les particuliers, acquéreurs ou tiers, dans le cadre de litiges relatifs au transfert de la propriété d'une dépendance domaniale (*Conseil d'État, 13 octobre 1967, Cazeaux*). Une telle action, lorsqu'elle est engagée par un tiers, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de la cession entre les parties à l'acte, mais de la rendre inopposable au tiers intéressé, vis-à-vis duquel le titulaire du droit de propriété ne pourra exercer les prérogatives de son droit. Les tiers sont recevables à exercer un recours pour excès de pouvoir contre les décisions détachables de la cession (*Conseil d'État, 9 mai 1958, Delort*).

Un contrat résultant de l'échange de consentement est nul, dès lors que le terrain s'est révélé faire partie du domaine public du département et non de son domaine privé. La méconnaissance de la promesse de vente consentie par le département est de nature à engager la responsabilité du département. Par ailleurs, le cocontractant qui n'a

commis aucune imprudence en commandant à un architecte les plans d'un immeuble destiné à être implanté sur le terrain lui appartenant et sur la parcelle que le département avait accepté de lui vendre, a droit au remboursement de l'intégralité des honoraires payés à l'architecte (*Conseil d'État, 1er mars 1989, n° 71140, Béro*).

Une cour d'appel ne peut énoncer, pour écarter le moyen tiré de la règle de l'inaliénabilité du domaine public, que seule la collectivité publique propriétaire, peut se prévaloir de la nullité d'une aliénation du domaine public à l'exclusion des administrés acquéreurs et des tiers (*Cour de cassation, 1ère chambre civile, 3 mai 1988, n° 86-13.931, Renault contre EDF*). »

Source : ELnet Construction et urbanisme, *Etude : domaine public, Partie 7 : Cession du domaine public, n°347 et s.*, Editions Législatives 2011

c. Les conséquences du principe sur l'expropriation

Le Conseil d'État a jugé que le principe d'inaliénabilité a des conséquences notables sur la procédure d'expropriation. En effet, ce principe entraîne notamment l'inapplication de l'expropriation aux biens du domaine public.

« Le principe d'inaliénabilité du domaine public a pour conséquence de rendre la procédure d'expropriation inapplicable aux dépendances du domaine public.

En conséquence, si la dépendance est destinée à être incluse dans le domaine privé, il convient, préalablement à son expropriation, d'opérer son déclassement (*Conseil d'État, 3 décembre 1993, n° 146710, Ville de Paris contre Parent et autres*).

Quant aux dépendances destinées à rester dans le domaine public et insusceptibles de faire l'objet d'une procédure d'expropriation, leur présence au sein du périmètre visé par une déclaration d'utilité publique n'est pas de nature à entacher d'illégalité cette déclaration puisque celle-ci n'entraîne pas par elle-même transfert de propriété (*Conseil d'État, 6 juillet 1973, n° 79752, Michelin; Conseil d'État, 13 janvier 1984, n° 35508, Commune de Thiais*).

Par ailleurs, si elles dépendent d'une autre personne publique que l'autorité expropriante, elles pourront être utilisées, sans déclassement préalable, par cette dernière à condition d'avoir fait l'objet :

- soit, d'une convention de superposition d'affectation, qualifiée aussi de superposition de gestion ou de domanialités, laquelle suppose un accord préalable de la collectivité propriétaire ;

- soit, lorsque l'État est l'autorité bénéficiaire de l'expropriation, d'un transfert de gestion selon les modalités définies aux articles L. 2123-3 et suivants du CGPPP.

Le changement d'affectation peut résulter de la déclaration d'utilité dès lors que l'autorité compétente pour prendre l'acte déclaratif a qualité pour se prononcer sur l'affectation des biens en cause (*Conseil d'État, 6 juillet 1973, n° 79752, Michelin*).

S'il s'avère que les parcelles en cause n'ont pas le caractère de dépendance du domaine public, l'arrêté de cessibilité ne méconnaît alors pas le principe d'inaliénabilité du domaine public (*Conseil d'État, 8 août 1990, n° 66644, Ministre de l'urbanisme contre Ville de Paris*). »

Source : ELnet Construction et urbanisme, *Etude : domaine public, Partie 7 : Cession du domaine public, n°347 et s.*, Editions Législatives 2011

d. L'imprescriptibilité, conséquence du principe

1. Le principe d'imprescriptibilité

Le principe d'imprescriptibilité a été posé par le législateur dans les articles suivants :

- **Article L. 3111-1, CGPPP** : Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L 1, qui relèvent du domaine public, sont (...) imprescriptibles ;

- **Article L. 1311-1, CGCT** : Conformément aux dispositions de l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, les propriétés qui relèvent du domaine public des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont (...) imprescriptibles ;

- **Article L. 6148-1, CSP** : Conformément aux dispositions de l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, les propriétés qui relèvent du domaine public des établissements publics de santé et de structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique sont (...) imprescriptibles.

2. Les personnes pouvant invoquer le principe d'imprescriptibilité

Les personnes pouvant invoquer le principe d'imprescriptibilité diffèrent selon le juge judiciaire ou le juge administratif. Ainsi, un particulier ne peut pas toujours invoquer ce principe.

« Le juge civil considère que l'imprescriptibilité du domaine public ne peut être invoquée que par l'administration elle-même (*Cour d'appel de Montpellier, 1ère chambre civile, 9 février 1960, Ortega contre Estournet*) alors que le Conseil d'État admet qu'un particulier puisse invoquer le moyen tiré de la domanialité des parcelles (*Conseil d'État, 13 octobre 1967, n° 58332, Cazeaux*). Un propriétaire peut ainsi faire annuler une opération de remembrement transférant dans un patrimoine privé une parcelle du domaine routier (*Tribunal*

administratif de Besançon, 21 mars 1996, n° 931074, Di Filippo contre Préfet du Jura). »

Source : ELnet Construction et urbanisme, *Etude : domaine public, Partie 7 : Cession du domaine public, n°347 et s.*, Editions Législatives 2011

3. Les conséquences du principe d'imprescriptibilité

3.1. Les conséquences du principe sur les droits des tiers constitués sur le domaine public

Le principe d'imprescriptibilité a des conséquences sur les droits des tiers constitués sur le domaine public puisqu'il empêche un tiers d'acquérir un droit sur le domaine public.

« Il est impossible pour un tiers d'acquérir, par voie de prescription, c'est-à-dire par possession prolongée, un droit sur le domaine public (*Conseil d'État, 10 juillet 1970, n° 74606, SCI du domaine de Suroit ; Cour de cassation, 3e chambre civile, 5 juin 1991, n° 89-21.421, n° 1017 P, Commune de Rutali ; Tribunal des conflits, 24 février 1992, n° 02685, Couach*). »

Source : ELnet Construction et urbanisme, *Etude : domaine public, Partie 7 : Cession du domaine public, n°347 et s.*, Editions Législatives 2011

3.2. Les conséquences du principe sur la réparation des dommages causés au domaine public

Le principe d'imprescriptibilité n'entraîne pas la prescription de la réparation des dommages causés au domaine public mais celle de l'action répressive.

« La réparation des dommages causés au domaine ne se prescrit pas, même si l'action répressive, elle, est prescrite. »

Source : ELnet Construction et urbanisme, *Etude : domaine public, Partie 7 : Cession du domaine public, n°347 et s.*, Editions Législatives 2011

II. La remise en cause du principe d'inaliénabilité

A. Les atteintes au principe

a. La sortie des biens du domaine public : les conditions cumulatives de désaffectation matérielle et de déclassement formel

1. La condition initiale d'une désaffectation matérielle annonçant une sortie du domaine public

En prévoyant qu'un bien qui n'est plus affecté sort du domaine public après l'intervention de l'acte constatant son déclassement, l'article L. 2141-1 du CGPPP procède à la réception des solutions jurisprudentielles les plus protectrices du domaine public. En effet, la jurisprudence administrative soutient, depuis les années 1930, que la persistance de l'affectation d'un bien public, à l'usage direct du

public ou à un service public, rend illégale et inopposable tout acte administratif portant déclassement dudit bien (*Conseil d'État, 20 juin 1930, Marot*).

La désaffectation matérielle, c'est-à-dire la cessation de l'utilisation, constitue une condition de légalité de l'acte qui, *in fine*, prononce la sortie effective du domaine public. Il a ainsi été mis fin à la théorie dite de l'indisponibilité, fondée sur les termes ambigus d'un arrêt du Conseil d'État (*Conseil d'État, 17 février 1933, Commune de Barran*), selon laquelle R.Capitant, notamment, a soutenu que l'aliénation était valable même sans désaffectation préalable du domaine à condition que le nouveau propriétaire respecte l'affectation du bien⁹⁵. Cette conception ne pouvait être acceptée selon V.Waline puisque la propriété ainsi reconnue à l'acquéreur serait dépourvue de signification⁹⁶. La doctrine en conclut que le régime de la domanialité publique ne cesse juridiquement que lorsque les besoins de l'affectation initiale ont eux-mêmes cessé.

La désaffectation matérielle permet ainsi, en détruisant les aménagements indispensables à l'accès du public, de mettre un terme à l'utilisation même du bien considéré. Alors, la sortie provoquée dans un second temps est régulière. Sinon, en décidant formellement de faire sortir un bien du domaine public, alors que le bien considéré continue à remplir les critères de la domanialité publique, par le maintien de son affectation, l'autorité administrative commet un excès de pouvoir en violant les règles applicables au domaine public. C'est sur un tel fondement que le Conseil d'État fut conduit à prononcer l'annulation d'une décision classant un bien public dans le domaine privé d'une commune, alors même que ledit bien communal continuait à être affecté à un service public pourvu de ses différents aménagements spéciaux (*Conseil d'État, 22 avril 1977, Michaud contre Ville de Lyon*).

Dans le cadre d'un contentieux relatif à un transfert d'occupation du domaine public, le Conseil d'État affirme ultérieurement que c'est le déclassement formel et la désaffectation de fait qui, combinés, permettent de conclure à la non appartenance au domaine public (la sortie du bien étant alors envisageable) (*Conseil d'État, 9 mai 1958, Delort*).

Puis, dans un contentieux mettant en cause précisément le principe d'inaliénabilité, le tribunal administratif de Nice a jugé que la décision prononçant le déclassement d'un bien qui continue pourtant d'être affecté pour les besoins du service public est illégale (*Tribunal administratif de Nice, 6 février 1997, Association régionale des œuvres éducatives et vacances de l'éducation nationale de*

l'Académie de Versailles contre Préfet des Alpes-Maritimes).

Le Conseil d'État a précisé également que la « désaffectation matérielle » doit être antérieure au déclassement formel dans le processus de sortie régulière (*Conseil d'État, avis n° 356 960, 31 janvier 1995 ; Conseil d'État, 1er février 1995, req. n°127 969, Préfet de la Meuse*). L'article L. 2141-1 confirme cette démarche en consacrant les deux conditions cumulatives. En cessant d'être affecté, le bien n'appartient plus au domaine public. Cette évidence confirme la chronologie : l'autorité compétente doit, tout d'abord, désaffecter matériellement un bien, en faisant cesser son utilisation. C'est ensuite seulement qu'elle acquière la compétence juridique lui permettant de prendre l'acte qui, formellement, constate la sortie du domaine public. La volonté de protection de l'affectation n'est que plus évidente.

2. L'exigence secondaire d'un déclassement formel venant compléter la désaffectation matérielle

2.1. La consécration constitutionnelle du déclassement formel

L'inaliénabilité se limite à ce que des biens du domaine public soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés (*Conseil Constitutionnel, 18 septembre 1986, n°86-217 DC, Liberté de communication*).

2.2. Les modalités du déclassement formel

Dans de nombreux cas, les textes indiquent la nature de l'acte qui est requis, les procédures à suivre et les dérogations.

Le CGPPP le fait, par exemple, dans les articles suivants :

- **Article L. 2141-1, CGPPP** : Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement ;

- **Article L. 2141-2, CGPPP** : Par dérogation à l'article L. 2141-1, le déclassement d'un immeuble appartenant au domaine public artificiel de l'État ou de ses établissements publics et affecté à un service public peut être prononcé dès que sa désaffectation a été décidée alors même que les nécessités du service public² justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement. Ce délai ne peut être supérieur à une durée fixée par décret. Cette durée ne peut excéder trois ans. En cas de vente de cet immeuble, l'acte de vente stipule que celle-ci sera résolue de plein droit si la désaffectation n'est pas intervenue dans ce délai ;

⁹⁵ Note Dalloz 1955.III.49.

⁹⁶ Note Dalloz 1934.II.101.

- **Article L. 2141-3, CGPPP** : Par dérogation à l'article L. 2141-1, le déclassement d'un bien affecté à un service public peut, afin d'améliorer les conditions d'exercice de ce service public, être prononcé en vue de permettre un échange avec un bien d'une personne privée ou relevant du domaine privé d'une personne publique. Cet échange s'opère dans les conditions fixées à l'article L. 3112-3 ;

- **Article L. 2142-1, CGPPP** : Le déclassement d'un cours d'eau, d'une section de cours d'eau, d'un canal, lac, plan d'eau ou d'un port intérieur, faisant partie du domaine public fluvial de l'État est prononcé, après enquête publique, par décision de l'autorité administrative compétente, tous les droits des riverains et des tiers demeurant réservés.

Lorsqu'elle concerne le domaine public fluvial d'une collectivité territoriale ou d'un groupement, la décision de déclassement est prise par l'autorité exécutive de cette personne publique, après enquête publique et consultation du comité de bassin ainsi que des assemblées délibérantes des autres collectivités territoriales sur le territoire desquelles se situe le domaine à déclasser, tous les droits des riverains et des tiers demeurant réservés. Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article ;

- **Article L. 2142-2, CGPPP** : Lorsqu'elles sont déclassées, les dépendances du domaine public fluvial mentionnées à l'article L. 2142-1 sont placées, pour les parties naturelles du lit, dans la catégorie des cours d'eau et lacs non domaniaux et, pour les autres parties, dans le domaine privé de la personne publique propriétaire ;

- **Article L. 3112-1, CGPPP** : Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent de leur domaine public, peuvent être cédés à l'amiable, sans déclassement préalable, entre ces personnes publiques, lorsqu'ils sont destinés à l'exercice des compétences de la personne publique qui les acquiert et relèveront de son domaine public.

A défaut de textes régissant les modalités du déclassement, le principe de parallélisme des compétences, des procédures et des formes s'applique.

« En l'absence d'indications des textes, on admet qu'il, convient d'appliquer le principe de parallélisme des formes ; le déclassement doit donc s'opérer, en ce qui concerne la compétence, la procédure et la nature de l'acte, de la même manière que l'affectation ou classement du bien.

Contrairement à sa position en matière d'incorporation dans le domaine public, la jurisprudence n'admet pas que le déclassement puisse résulter implicitement d'un acte administratif

ayant un autre objet (*Conseil d'État, 9 mai 1958, Delort*). L'acte de déclassement est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (*Conseil d'État, 6 février 1981, Dame Dore ; Conseil d'État, 6 novembre 2000, n° 180496 Comité d'opposition à l'autoroute Caen-Rennes*). Le contrôle du juge est cependant restreint, l'administration étant considérée comme ayant un pouvoir discrétionnaire pour décider la sortie du domaine public (*Conseil d'État, 9 novembre 1956, Société des Forges d'Hennebont*).

La responsabilité peut être engagée du fait d'un déclassement illégal (*Conseil d'État, 24 mai 1972, Delort*). »

Source : Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, Précis Dalloz Droit public, 5e édition, 2008

« La détermination des autorités compétentes pour prononcer la sortie du domaine public d'un bien public présente le même intérêt juridique que l'identification des autorités susceptibles d'agir sur l'affectation d'un bien à l'utilité publique. Trouvent à s'appliquer dans les deux cas, un principe général et quelques exceptions classiques.

La procédure de sortie du domaine public s'inscrit dans le schéma bien connu du parallélisme des compétences, des procédures et des formes. L'autorité initialement compétente pour affecter et incorporer un bien est rendue logiquement compétente pour organiser la sortie du même bien. L'article L. 2141-1 du CGPPP se fonde sur cette règle en disposant que le bien ne fait plus partie du domaine public à compter de l'acte administratif constatant son déclassement. La référence à la notion d'acte administratif renvoie implicitement à l'autorité administrative compétente pour l'édicter.

Le législateur et la jurisprudence, considérant que le respect de la règle du parallélisme des compétences établit seulement la légalité de la décision portant sortie du domaine public, sans nécessairement garantir une protection suffisante du domaine public, prévoient l'attribution, dans certains cas, du pouvoir de décision en matière de déclassement à des autorités différentes de celles de la collectivité publique propriétaire des biens.

La compétence peut être attribuée à l'autorité jugée la plus apte à apprécier l'opportunité ou non de la sortie de certaines catégories de biens du domaine public. En application de l'article 21 de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, le déclassement des bâtiments appartenant à l'État et affectés aux collèges et lycées, donc mis à la disposition des collectivités territoriales, devenus responsables de ces derniers, doit être décidé conjointement par l'État, propriétaire, et les organes des collectivités

territoriales concernées (*Conseil d'État, assemblée, 2 décembre 1994, n° 110181, Département de la Seine Saint-Denis*). Il n'est pas exclu que la même solution soit transposable au déclassement des biens appartenant aux collectivités territoriales et affectés, depuis le transfert des compétences, à un collège ou à un lycée.

Une disposition législative pourrait dissocier, dans d'autres cas, le déclassement formel et la désaffectation matérielle. Autrement dit et par application de la loi, la décision portant formellement déclassement pourrait intervenir sans qu'il y ait eu désaffectation matérielle d'un bien donné. La loi du 30 septembre 1986 portant transfert au secteur privé d'une partie de l'audiovisuel public, la chaîne de télévision TF1 (*Conseil Constitutionnel, 18 septembre 1986, n°86-217 DC, Liberté de communication*) ; la loi du 26 juillet 1996 relative à France Telecom et la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, par exemple, ont organisé, en raison des privatisations par elles décidées des organismes visés, la sortie du domaine public tout en maintenant l'affectation des biens considérés à l'usage des différents services publics. »

Source : Seydou TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions Vuibert, janvier 2008

2.3. La question de la nécessité d'une sortie explicite et officielle du domaine public

La question de la nécessité d'une sortie explicite et officielle du domaine public se pose compte tenu de la cessation déjà existante de l'affectation matérielle d'un bien public. En effet, il convient d'étudier, d'une part, pour quelles raisons la cessation de l'affectation matérielle d'un bien public n'emporte pas une sortie immédiate et définitive du domaine public en droit français et, d'autre part, si la cette procédure spécifique est une réelle garantie de protection du domaine public, en s'appuyant notamment sur des exemples de droit comparé.

« [En droit français,] dans tous les cas de figure, un acte juridique est tenu de constater l'entrée d'un bien dans le domaine public. Plusieurs dispositions du CGPPP renseignent sur cette exigence. En application de l'article L. 211-3 du code, tout acte de classement ou d'incorporation d'un bien n'a d'autre effet que de constater l'appartenance de ce bien au domaine public.

Les articles L. 2111-5 (domaine public maritime naturel) et L. 2111-7 (domaine public fluvial naturel) requièrent des actes juridiques de délimitation valant classement. Dans certains cas, des circonstances de fait sont susceptibles de réaliser l'incorporation, l'entrée d'un bien dans le domaine public. L'utilisation des rues ou des places suffit à les incorporer. Mais la jurisprudence exige qu'un acte juridique postérieur vienne, formellement, constater

cette incorporation. La procédure de sortie du même domaine public se distingue, radicalement sur ce point, de l'entrée. Le souci de protection du domaine public a toujours empêché que la sortie des dépendances du domaine public puisse dépendre d'une simple circonstance de fait. Pour cette même raison, le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait intervenir de manière implicite. Une décision formelle et donc expresse de déclassement est une condition juridique à laquelle reste subordonnée toute sortie régulière du domaine public. Le CGPPP reprend ainsi certaines solutions jurisprudentielles bien établies, lorsque son article L. 2141-1 établit un lien entre la cessation de l'affectation d'un bien, l'intervention d'un acte administratif constatant son déclassement et la sortie régulière et effective du domaine public (*Conseil d'État, 2 octobre 1987, SA Le Sully d'Auteuil; Conseil d'État, 11 octobre 1995, n° 116544 116545 M. Tête et autres; Conseil d'État, 30 décembre 2002, n° 248787, Commune de Pont d'Audemer*). »

Source : Seydou TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions Vuibert, janvier 2008

En droit comparé, par exemple en Espagne, avant d'être cédé, un bien du domaine public doit être préalablement déclassé (art. 30, al 2 de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas). En Belgique, le déclassement est également la règle (par exemple, Wavre avait mis en vente une série de biens mobiliers déclassés jusqu'au 31 janvier 2011).

Néanmoins, en droit comparé, cette procédure spécifique est absente dans de nombreux régimes juridiques où existe la notion d'un domaine public soumis par essence à des règles spéciales. Il faut dès lors s'interroger sur le point de savoir si cette procédure est réellement efficace et donc nécessaire. Il convient notamment d'examiner cette procédure au regard de la révision générale des politiques publiques (RGPP).

La RGPP vise à réformer l'État, baisser les dépenses publiques et améliorer les politiques publiques. Elle ne peut rester sans incidences sur les modalités de gestion du domaine public, du fait de l'invitation très pressante qu'elle exprime aux responsables de la gestion publique de maximiser les ressources potentielles du domaine. Dans ce cadre, l'État et les collectivités trouvent dorénavant légitime de rechercher une certaine rentabilité financière du domaine public, même si, ce faisant, la frontière entre domaine public et domaine privé devient parfois assez ténue. Le domaine public est par conséquent perçu de plus en plus comme un ensemble de ressources, voire comme un ensemble d'actifs qu'il convient de faire fructifier.

Dès lors, on pourrait envisager l'assouplissement des règles régissant le déclassement du domaine public, pour rapprocher ses modalités de gestion de celles du domaine privé.

b. Les autres dérogations

Le législateur a introduit d'autres dérogations au principe d'inaliénabilité dans les articles suivants :

- **Article L. 3112-2, CGPPP** : En vue de permettre l'amélioration des conditions d'exercice d'une mission de service public, les biens mentionnés à l'article L. 3112-1 peuvent également être échangés entre personnes publiques dans les conditions mentionnées à cet article. L'acte d'échange comporte des clauses permettant de préserver l'existence et la continuité du service public ;

- **Article L. 3112-3, CGPPP** : En vue de permettre l'amélioration des conditions d'exercice d'une mission de service public, les biens mentionnés à l'article L. 3112-1 peuvent être échangés, après déclassement, avec des biens appartenant à des personnes privées ou relevant du domaine privé d'une personne publique. L'acte d'échange comporte des clauses permettant de préserver l'existence et la continuité du service public ;

- **Article L. 3113-1, CGPPP** : Les transferts de propriété du domaine public fluvial au profit d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales de la part de l'État ou d'une autre personne publique peuvent être opérés à la demande de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou du groupement. Ils le sont à titre gratuit et ne donnent lieu au paiement d'aucune indemnité, droit, taxe, salaire ou honoraires. Toutefois, les parties de cours d'eau, canaux, lacs ou plans d'eau inclus dans le périmètre d'une concession accordée par l'État au titre de l'utilisation de l'énergie hydraulique ne peuvent pas faire l'objet d'un transfert de propriété au profit des collectivités territoriales ou de leurs groupements.

Ces transferts s'opèrent en priorité au profit de la région ou du groupement de régions territorialement compétent qui en fait la demande. Lorsque d'autres collectivités ou groupements de collectivités territorialement compétents souhaitent bénéficier d'un tel transfert, leurs demandes sont transmises pour avis à la région. Ils peuvent bénéficier de ce transfert si, à l'issue d'un délai de six mois à compter de la saisine pour avis, la région territorialement compétente n'a pas elle-même formulé la demande.

Le transfert est refusé si la cohérence hydraulique ne peut pas être assurée. La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales bénéficiaire du transfert succède dans l'ensemble des droits et obligations à l'égard des tiers à la

personne publique gestionnaire de ce domaine avant la date du transfert.

Pour l'application du présent article, le représentant de l'État dans le département communique aux collectivités territoriales ou groupements intéressés qui en font la demande toutes les informations dont il dispose sur le domaine public fluvial susceptible de leur être transféré dans un délai de six mois. Il assortit ces informations d'un diagnostic portant sur la faisabilité et le coût de l'enlèvement des sédiments, ainsi que d'une analyse sur leur nature ;

- **Article L. 3113-2, CGPPP** : Une expérimentation peut être engagée pour une durée maximale de six ans pendant laquelle la collectivité ou le groupement de collectivités est compétent pour aménager et exploiter le domaine dont la propriété ne lui est pas transférée.

Le transfert de propriété deviendra effectif à l'issue de cette période, sauf si la collectivité ou le groupement de collectivités a renoncé au transfert au moins six mois avant la clôture de l'expérimentation. Le transfert s'opère dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

L'État et la collectivité ou le groupement de collectivités ayant opté pour l'expérimentation déterminent conjointement les cours d'eau, canaux, ports intérieurs, lacs et plans d'eau concernés par le transfert. Ils signent une convention définissant les conditions et la durée de l'expérimentation. Durant cette période d'expérimentation, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales peut faire appel à Voies navigables de France selon des modalités qui seront définies par une convention tripartite entre l'État, les collectivités intéressées et l'établissement public ;

- **Article L. 3113-3, CGPPP** : Un décret en Conseil d'État précise les conditions du transfert dans le domaine public d'une collectivité ou d'un groupement de collectivités et les modalités selon lesquelles les différentes personnes publiques ayant bénéficié du transfert de propriété et de compétences assurent la cohérence de la gestion du domaine public ayant fait l'objet du transfert. Ce décret fixe également la liste des cours d'eau, canaux et ports intérieurs d'intérêt national notamment utiles au transport de marchandises, qui ne peuvent faire l'objet d'un transfert ;

- **Article L. 3113-4, CGPPP** : Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables au domaine public fluvial situé, le cas échéant, à l'intérieur des limites administratives d'un port maritime ;

- **Art. L. 6148-1, CSP** : Toutefois, les propriétés qui relèvent de ce domaine peuvent être cédées dans les conditions prévues à l'article L. 3112-1 du code général de la propriété des personnes publiques ou communique aux collectivités territoriale ou groupements intéressés qui en font la demande toutes les informations dont il dispose sur le

domaine public fluvial susceptible de leur être transféré dans un délai de six mois. Il assortit ces informations d'un diagnostic portant sur la faisabilité et le coût de l'enlèvement des sédiments, ainsi que d'une analyse sur leur nature échangées dans les conditions fixées aux articles L. 3112-2 et L. 3112-3 du même code.

c. La réduction du champ d'application du principe, conséquence de la conception restrictive du domaine public

Le législateur a, depuis quelques années, comme objectif premier de réduire le domaine public ou du moins d'adopter une conception restrictive du domaine public, entraînant dès lors la réduction du champ d'application du principe d'inaliénabilité.

Tout d'abord, le domaine privé n'avait qu'une définition négative, tout ce qui n'était pas dans le domaine public appartenait au domaine privé, permettant une extension sans limite du domaine public.

Aujourd'hui, le CG3P renforce le domaine privé par une détermination positive de la loi. On y trouve, par exemple, « les chemins ruraux » ou les « bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier » (article L.2212-1 du CG3P), « des immeubles à usage de bureaux des administrations » (article L.2211-1 du CG3P).

Aussi, le CGPPP a opéré une véritable « privatisation » des biens du domaine public.

« Cette « privatisation » initialement réservée à l'État et à ses établissements publics par l'ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004 est généralisée par le CG3P.

Le législateur a commencé cette « privatisation » en déclassant auparavant les biens appartenant au domaine public. Ce fut le cas pour les biens de France Télévision transférés à la nouvelle société TFI (loi du 30 septembre 1986) ainsi que pour les biens du domaine public de France Télécom (loi du 26 juillet 1996). »

Source : Christian PISANI, Catherine BOSGIRAUD, *Premières réflexions de la pratique sur le code général des propriétés publiques*, AJDA, 2006

Enfin, le droit communautaire a entraîné, indirectement, une réduction du domaine public.

« L'influence du droit communautaire sur une telle évolution n'est assurément que très indirecte en la matière. Celle-ci ne découle pas d'une conception communautaire concurrente du domaine public. Elle provient de la « sociétisation » d'opérateurs publics en lesquels le droit communautaire voit des entreprises, quel que soit leur statut juridique et de la volonté des pouvoirs publics français de maintenir

malgré tout la continuité des missions de service public confiées à ces dernières (...).

[Ainsi,] le passage des principales entreprises publiques d'un statut d'établissement public à celui d'une société commerciale a entraîné une réduction notable du domaine public. »

Source : Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, p.864 et s

Par les interventions législatives françaises précitées, il est possible de constater que la relativité du principe d'inaliénabilité affaiblit celui-ci en même temps qu'elle lui donne la souplesse nécessaire lui permettant de perdurer. Il a l'avantage de ses inconvénients. C'est ainsi que coexistent des statuts gênants dans lesquels un même type de bien peut être soit aliénable, soit inaliénable, selon que le propriétaire soit une personne publique ou une personne privée. L'exemple le plus frappant concerne les pistes d'aéroport. Les pistes de Roissy et d'Orly sont la propriété d'Aéroports de Paris, société anonyme (donc personne privée), tandis que la plupart des autres pistes d'aéroport, notamment celles de province, sont dans le domaine public et sont, donc, inaliénables.

B. L'évolution de la position de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le principe

a. La relativisation initiale du principe d'inaliénabilité par la Cour européenne des droits de l'homme

Initialement, la Cour européenne des droits de l'homme relativise le principe d'inaliénabilité du domaine public. Tout d'abord, la Cour ignore cette notion et consacre le droit au respect des biens, limitant ainsi indirectement le principe d'inaliénabilité. Aussi, elle remet en cause le caractère absolu du principe de l'imprescriptibilité du domaine public, corollaire à celui de l'inaliénabilité.

« Le principe d'inaliénabilité est mis à l'épreuve du droit européen puisque la Cour de Strasbourg n'hésite pas à limiter ce dernier. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme semble ignorer cette notion. C'est l'alinéa 1er de l'article 1 du protocole additionnel à la CEDH, lequel traite la question de la garantie du droit de propriété, qui reconnaît la possibilité, pour un État, d'adopter des lois nécessaires à l'intérêt général. Cet article pose la règle suivante : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possède les États

de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

La CEDH, en garantissant le droit au respect des biens, offre la possibilité aux occupants domaniaux de revendiquer des droits, limitant par conséquent le principe d'inaliénabilité.

Depuis de nombreuses années, la CEDH prend régulièrement position sur le régime du domaine public. Deux décisions sont ici visées : **CEDH, 30 novembre 2004, Öneriyildiz contre Turquie Requête n°48939/99 et CEDH, 22 juillet 2008, Köktepe contre Turquie, n°35785/03**. Cette seconde décision avait retenu l'attention particulière des auteurs en raison de la remise en cause du caractère absolu du principe de l'imprescriptibilité du domaine public, corollaire à celui de l'inaliénabilité. Sans qu'il soit besoin de reprendre les éléments factuels de cette affaire, la Cour reconnaît la violation de l'article 1 précédemment cité en raison de l'acquisition de bonne foi d'un titre de propriété sur le domaine public. Le requérant avait effectivement acquis un immeuble en 1993 alors que trois ans auparavant, une partie de ce même bien avait été qualifiée de « domaine forestier public », qualification n'apparaissant pas sur les registres fonciers. A cette première solution, la Cour a précisé que dès lors qu'un tel titre était acquis de bonne foi, son détenteur doit pouvoir « espérer avoir un bien sans restriction jusqu'au moment où la délimitation devient définitive » (§82) en vertu d'un jugement définitif en la matière. ». Ces éléments traduisent une **relativisation du principe d'inaliénabilité du domaine public** en ce que, la personne croyant être propriétaire du domaine public doit être considérée comme tel tant qu'un jugement n'est pas venu démontrer le contraire.

Les conséquences de cet arrêt doivent être prises en compte tant par l'État français que par de nombreux autres États européens disposant eux aussi d'un régime de protection du domaine public. Bien que la Cour ait entendu limiter les effets de cette solution au seul cas d'espèce, elle prend soin de rappeler que « force est de considérer que la qualification de domaine forestier donnée au terrain litigieux a eu, en l'espèce, pour effet de vider de tout contenu le droit de propriété du requérant, droit qui avait été régulièrement acquis » (§91). Le principe de l'inaliénabilité est ainsi atteint par les nouvelles exigences et protection accordées aux occupants du domaine public. La Cour, à travers cet arrêt souligne « tout l'intérêt des actes de classement et leur publicité apparaît une nouvelle fois, avec évidence, pour la sécurité juridique des propriétaires publics, la préservation de leur patrimoine et la protection de l'affectation des biens domaniaux à leur finalité

d'utilité publique ». Il semble même que ces actes pourraient, au nom par exemple du principe de sécurité juridique, devenir des conditions à l'application du principe de l'inaliénabilité (et de l'imprescriptibilité) du domaine public. »

Source : Norbert FOULQUIER, *Domanialité publique et Convention européenne des droits de l'homme : de nouvelles remises en cause*, RDI, 2008

b. La volonté actuelle toujours plus grande de la Cour européenne des droits de l'homme de préserver le principe

La Cour européenne des droits de l'homme a montré, par sa jurisprudence actuelle, **sa volonté toujours plus grande de préserver le principe d'inaliénabilité**, concernant notamment le domaine public maritime.

« Le principe d'inaliénabilité du domaine public est rappelé par la CEDH ainsi que sa volonté toujours plus grande de le préserver, même si cette reconnaissance est, à ce jour encore, largement circonstanciée, surtout lorsqu'il s'agit du domaine public maritime (**CEDH, 29 mars 2010, aff. 34044/02 et 34078/02, Depalle contre France, Mme Brosset-Triboulet et autres contre France**). »

Source : Juliette GATÉ, *La Cour européenne des Droits de l'Homme et l'inaliénabilité du domaine public français*, Revue Lamy Collectivités territoriales, 2010/59, p.57-60.

Par conséquent, il faudra attendre les prochaines décisions de la CEDH afin de voir si cette volonté protectrice du principe d'inaliénabilité sera maintenue, voire généralisée à l'ensemble du domaine public.

C. Peut-on réformer le principe d'inaliénabilité dans le cadre d'un nouveau régime de protection du domaine public afin de tenir compte de l'exigence actuelle de valorisation des propriétés publiques ?

Il convient de s'interroger, dans ce dernier point, sur la possibilité de mettre en œuvre, de construire un nouveau régime de protection du domaine public intégrant la dynamique récente de valorisation des propriétés publiques. Les nouvelles techniques introduites dans le CGPPP mettent en place de nombreuses dérogations. Ne serait-il pas plus facile et plus lisible de construire un autre régime juridique ?

En effet, aujourd'hui de nombreux régimes dérogatoires aux règles de la domanialité publique ont été construits par le législateur. Au départ, il s'agissait de dérogations ponctuelles pour un objet déterminé, par exemple pour les biens de France Télécom. Aujourd'hui, il semble que ces régimes sont de plus en plus présents. Pensés « sur mesure », ces régimes peuvent être rejetés par les plus conservateurs mais il n'en demeure pas moins

qu'ils ont le mérite de s'attacher à une catégorie de biens en particulier. Le législateur peut ainsi prendre en compte les spécificités « de la matière » et adapter les règles en fonction des biens qu'il a à protéger. Ce système ne ferait que conforter le processus déjà présent.

Dans une telle hypothèse, l'inaliénabilité ne serait plus un principe applicable issu de la domanialité publique mais deviendrait une technique juridique permettant à des biens déterminés d'être protégés. Le législateur, dans l'élaboration de ces nouveaux régimes, aurait la possibilité de réintégrer ou non cette disposition. Bien entendu, si tous les régimes nouvellement créés la reprennent, aucun changement du système actuel ne serait constaté. Par contre, si le législateur s'attachait véritablement à regrouper, de manière pratique, certains biens dans une même catégorie et à réfléchir à des règles de protection correspondant au mieux aux attentes des différents propriétaires publics, alors il devrait, parfois, faire le choix d'écarter le principe de l'inaliénabilité. Cet engagement traduirait sa volonté d'être au plus près des réalités de gestion qu'il convient aujourd'hui de reconnaître et d'admettre.

Ainsi, le seul objectif à satisfaire consisterait à trouver le plus juste équilibre entre protection des biens concernés et impératifs économiques du moment. Quelle que soit la disposition législative adoptée (bien qu'aujourd'hui, de très nombreux déclassements sont opérés par voie réglementaire), celle-ci traduirait l'attachement d'une société à des valeurs, à des principes. Ces régimes auraient donc vocation à évoluer et à être redéfinis en fonction des différentes conjonctures (qu'elles soient de nature sociale et/ou économique). Le législateur, ainsi, aurait une responsabilité supplémentaire.

Le principe d'inaliénabilité connaît aujourd'hui de nombreuses dérogations afin de permettre une plus grande souplesse de gestion. S'il est clair que ce principe n'a plus le même objectif, ses effets demeurent malgré la volonté affirmée de simplifier les règles. Le système proposé, peut être plus clair au niveau de la lecture, connaît un inconvénient principal : il renforce la stratification des règles juridiques applicables au domaine public.

Aussi, ce n'est pas en généralisant des régimes de substitution que ce problème pourrait se résoudre. Il apporterait en clarté, chaque bien appartenant à une catégorie ayant son propre régime, mais perdrait en lisibilité. Les gestionnaires auraient aussi un travail supplémentaire d'assimilation, en contre partie de quoi, les règles seraient adaptées à leurs besoins réels.

Cette idée d'adaptation et de simplification des modes de gestion des biens du domaine public sont le résultat d'un besoin nouveau de valorisation. Qu'il soit communautaire ou nationale, cet objectif vise à

gagner en efficacité de gestion et à utiliser au mieux les biens détenus par les personnes publiques. Au départ, ce mouvement ne concernait que l'État puis, lors de l'élaboration du CG3P, il s'est avéré important d'étendre, voire parfois d'introduire, des éléments de souplesse de gestion aux autres collectivités locales (voir Journal Officiel du 22 avril 2006).

Il convient désormais d'assurer une cohabitation nécessaire entre le principe, historique, d'inaliénabilité et l'enjeu économique de la valorisation du domaine public. Si l'on ne peut pas accepter de vendre ou d'aliéner le domaine public à n'importe quel prix, il ne faut pas, à l'inverse, occulter le besoin de mettre en valeur les biens détenus par les personnes publiques. Les techniques de gestion et d'organisation, issues du domaine privé, sont de plus en plus présentes. Les utiliser dans le respect des principes et valeurs du droit public pourrait être un avantage non négligeable.

Enfin, la doctrine rappelle sans cesse que la valorisation des propriétés publiques est un objectif pour les gestionnaires du domaine public nécessitant un cadre juridique plus souple que le droit domanial actuel.

« Au-delà de l'intérêt que peut présenter pour les personnes publiques l'aliénation de ces biens, il s'agit pour les gestionnaires du domaine public d'être en mesure de faciliter des projets de valorisation. Le financement de telles opérations ne saurait intervenir si le cadre juridique propre à la domanialité publique n'offre pas un minimum de sécurité, de lisibilité et de souplesse pour les investisseurs ou pour les prêteurs. [...] Il serait regrettable, alors que le droit français des contrats publics procède d'un réalisme grandissant en prenant notamment mieux en considération les contraintes de financement, que la réalisation de projets sur le domaine public se heurtent à la complexité voire à l'archaïsme du droit domanial. »

Source : Laurent DERUY, Yves GAUDEMET, Dieudonné MANDELKERN et autres, *Rapport du groupe de travail Valorisation des propriétés publiques*, Droit public des biens, Petites affiches, n° 147, 23 juillet 2004, p. 44

Le CGPPP conserve le principe de l'inaliénabilité, en le dépoussiérant des lourdeurs de gestion mais sans pour autant le faire disparaître entièrement du régime de la domanialité publique.

D. Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ?

Le principe historique d'inaliénabilité du domaine public pourrait sembler obsolète compte tenu des enjeux économiques actuels, notamment, la valorisation du domaine public voire la recherche de rentabilité des activités publiques. Dès lors, la

question de sa nécessaire suppression doit être discutée.

« Depuis que les collectivités publiques se sont vues solennellement reconnaître un droit de propriété sur leur domaine public, elles ont pris conscience de la valeur économique de leur patrimoine. Le domaine public n'est plus seulement un objet de police administrative, mais aussi « une richesse collective » dont l'administration « doit assurer dans l'intérêt collectif la meilleure exploitation ». Pour ce faire, le Conseil d'État lui a reconnu, à côté de ses traditionnels pouvoirs de police, des pouvoirs de gestion.

Mais la valorisation économique des dépendances domaniales ne dépend pas exclusivement de la volonté des personnes publiques propriétaires. Il faut également tenir compte des besoins des entreprises privées qui l'occupent. La rationalisation et la rentabilisation de la gestion du domaine public ne peuvent être optimales que si les droits des occupants sont consolidés et protégés, donnant à leur situation un minimum de stabilité et de sécurité.

Toutefois, les règles protectrices de la domanialité publique, et notamment celle de l'inaliénabilité, ont été interprétées par la jurisprudence comme s'opposant à la constitution de véritables droits réels au profit de l'occupant du domaine public. Ces droits réels (droit d'usage, servitude, hypothèque, etc.), par l'ampleur de dessaisissement de la collectivité propriétaire qu'ils impliquent, sont considérés comme pouvant être préjudiciables à l'affectation des dépendances domaniales.

Ces principes traditionnels, « s'ils conservent leur pouvoir de séduction, sont de plus en plus en discordance avec les réalités pratiques ». Aujourd'hui, il est fréquent qu'une opération d'envergure, mise en œuvre par l'État ou les collectivités locales, le soit avec la participation d'investisseurs privés dont la présence est nécessaire pour la bonne fin du projet. Très souvent, les collectivités publiques souhaitent utiliser leur patrimoine par location, construction, en passant un contrat avec un tiers à un prix inférieur à celui du marché, en contrepartie de certaines obligations du preneur à bail. Mais le régime de la domanialité publique, plaçant l'occupant domanial dans une situation précaire, constitue un frein à l'engagement des investisseurs privés ou, à tout le moins, un handicap dans la recherche des sources de financements.

Ce constat, issu de la réflexion sur la valorisation du domaine public, laquelle s'inscrit dans un contexte beaucoup plus large tiré de la recherche de rentabilité des activités publiques, a conduit le juge et le législateur à moderniser les instruments de gestion du domaine public. Ce mouvement, qui a

pris une ampleur nouvelle depuis la fin des années 1980, se poursuit aujourd'hui encore, comme en témoignent les multiples réflexions concernant l'avenir du domaine public et le projet de rédaction d'un code des propriétés publiques. L'article 34 de la loi du 2 juillet 2003 a en effet autorisé le Gouvernement à intervenir en matière de droit des propriétés publiques, spécialement pour en assurer une meilleure valorisation. Le champ de cette habilitation est très large, puisque le Gouvernement peut modifier et compléter par ordonnance « les dispositions relatives à la définition, à l'administration, à la protection et au contentieux du domaine public et du domaine privé, mobilier comme immobilier, de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics, à l'authentification des actes passés par ces personnes publiques, au régime des redevances et des produits domaniaux, tant en ce qui concerne leur institution que leur recouvrement, ainsi que celles relatives à la réalisation et au contrôle des opérations immobilières poursuivies par ces collectivités, afin de les simplifier, de les préciser, de les harmoniser, d'améliorer la gestion domaniale et de les codifier.

Ainsi, « la conscience de la valeur économique de ce patrimoine et la volonté d'en rationaliser et d'en rentabiliser la gestion » sont deux considérations relativement nouvelles et les réformes essentielles semblent encore à venir. Or, la mutation progressive de l'administration du domaine n'est pas sans conséquences sur le principe d'inaliénabilité, lequel connaît toujours davantage de dérogations, au point qu'une partie de la doctrine s'inquiète « que les atteintes finissent un jour par le ramener au rang de l'exception ». À l'instar d'Odile de David Beauregard-Berthier, on peut se demander si « la multiplication des exceptions à un principe ne [révèle] pas l'inadaptation dudit principe ». La multiplication des régimes particuliers applicables aux dépendances domaniales pour corriger les effets de l'inaliénabilité conduit en effet à atteindre la crédibilité et la légitimité de ce principe. Il est donc nécessaire aujourd'hui de repenser la portée traditionnellement donnée à la règle de l'inaliénabilité pour parvenir à concilier enfin le souci de protection du domaine public et la recherche de rentabilité de ses dépendances. »

Source : Guillaume DELALOY, *Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ?*, RDP, 2006

PARTIE 3. La cession des biens du domaine privé des personnes publiques réformée par le législateur et développée par une politique active du Gouvernement

I. Le rôle fondateur du législateur dans la modernisation du régime juridique des cessions des biens du domaine privé des personnes publiques

A. Les cessions interdites des biens du domaine privé et ses dérogations

En principe, le domaine privé est aliénable mais, en réalité, il peut exister des aliénations interdites. Le législateur a un rôle déterminant dans le régime juridique des aliénations interdites, résultant de l'article 34 de la Constitution et plus récemment de la création en 2006 de la partie législative du CGPPP.

« Il faut tout d'abord se référer à l'article 34 de la Constitution (...) de 1958 qui décide que la loi fixe les règles concernant « les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ». En clair, cela a pour conséquence que le capital des entreprises publiques est certes aliénable, mais que cette aliénation ne peut être faite que par le législateur ; si le législateur ne cède pas lui-même le capital ou une partie du capital, au moins doit-il déterminer les modalités de cession.

Ce problème de l'aliénation du capital a été maintes fois soulevé. Ce sont toutes les questions de la participation du personnel, des privatisations entières ou partielles, l'instillation de capitaux extérieurs qui sont en jeu. Ce sont les lois des 2 juillet et 6 août 1986 ainsi que celle du 19 juillet 1993, qui tentent de résoudre les problèmes. Selon ces lois, telles qu'elles sont interprétées par le Conseil constitutionnel, un acte administratif est suffisant pour un transfert- de propriété mais il faut que le prix de cession soit conforme à celui fixé par la commission de privatisation.

D'autres aliénations sont plus ou moins interdites : tout d'abord, les procédures d'aliénation forcée ne peuvent être utilisées à l'égard des biens, même du domaine privé de l'administration. En effet, on sait qu'aucune mesure d'exécution forcée n'existe à l'égard de l'administration. Mais les biens du domaine privé peuvent faire l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique. »

Source : Gustave PEISER, *Droit administratif des biens*, Mémentos Dalloz, 20e édition, 2010, p.86

Aussi, il faut souligner que l'interdiction de céder à titre gratuit les biens du domaine privé connaît des dérogations, fixées notamment par le législateur.

« Le principe d'égalité des citoyens interdit aux collectivités publiques de consentir des libéralités (Conseil d'État, 6 mars 1914, Syndicat de la boucherie de la Ville de Châteauroux). Cette interdiction doit pouvoir acquérir un caractère d'autant plus absolu dans le cas particulier des biens faisant partie du domaine privé que ceux-ci sont aliénables à titre onéreux. Autrement dit, la faculté donnée aux collectivités publiques propriétaires d'aliéner, à titre onéreux, les bien relevant de leur domaine privé est de nature à enlever toute justification à une aliénation éventuelle à titre gratuit des biens considérés.

Le CGPPP opère pourtant une distinction entre les cessions à titre onéreux des biens du domaine privé, érigées au rang de principe général, par dérogation, de certains types de biens limitativement énumérés. Les cessions à titre gratuit (articles L.3212-1 à L.3212-3 du CGPPP) visent les « monuments aux morts pour la France ». Relevant du domaine privé de l'État, ils pourraient être cédés gratuitement aux communes. Certains biens immeubles dont la valeur n'excède pas un plafond fixé par décret, ou des matériels informatiques sont susceptibles de cession gratuite. Les biens meubles ici concernés constituent une dérogation aux dispositions de l'article L.3211-2 du CGPPP selon lesquelles les opérations d'aliénation du domaine mobilier de l'État ne peuvent être réalisées ni à titre gratuit, ni à un prix inférieur à la valeur vénale. »

Source : Seydou TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions Vuibert, janvier 2008, p.373-374

On constate également que le principe d'incessibilité à vil prix de la propriété publique, étudié précédemment, est aménagé s'agissant des biens du domaine privé.

En effet, « le CGPPP, tout en tenant compte des restrictions juridiques résultant de la jurisprudence constitutionnelle notamment, n'en prévoit pas moins la possibilité pour l'État de céder, à certaines conditions, des biens de son domaine privé à des prix inférieurs à leur valeur vénale. En application de l'article L.3211-7 du CGPPP, l'État peut procéder à l'aliénation de terrains de son domaine privé à un prix inférieur à la valeur vénale lorsque ces terrains sont destinés à la réalisation de programmes de constructions comportant essentiellement des logements, dont une partie au moins est réalisé en logement social. La différence entre la valeur vénale et le prix de cession ne peut dépasser un plafond fixé par décret en Conseil d'État. Cette disposition est introduite par la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. Elle est complétée par le renforcement du « droit de propriété » prévu à l'article L.240-1 du code de l'urbanisme permettant aux collectivités publiques titulaires du droit de préemption urbain d'être

prioritaires pour l'acquisition de terrains visée à l'article L.3211-7 du CGPPP. »

Source : Seydou TRAORE, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions VUIBERT, janvier 2008, p.374-375

« En dernier lieu, certaines aliénations de biens spécifiques ne peuvent se faire qu'au profit de certaines personnes ou dans un but précis ; on peut citer en particulier les réserves foncières et surtout les réserves qui ont été acquises par le Conservatoire du littoral. »

Source : Gustave PEISER, *Droit administratif des biens*, Mémentos Dalloz, 20e édition, 2010, p.86

B. La règle de l'incessibilité des immeubles du domaine privé affectés au service public

a. L'origine doctrinale de la règle consacrée a contrario par le CGPPP ?

La question de la consécration a contrario par le CGPPP de la règle d'incessibilité des immeubles du domaine privé affectés au service public, posée par la doctrine dès le XIXe siècle, se pose.

« Puisqu'ils ne remplissent pas le critère de l'aménagement indispensable, les biens du domaine privé affectés au service public ne sont pas soumis aux rigidités de l'inaliénabilité et leur externalisation devrait poser moins de difficultés. Cependant, dès le XIXe siècle, et alors que la plupart des auteurs refusaient l'incorporation au domaine public des immeubles affectés au service public, ces biens étaient considérés comme insusceptibles en fait d'être vendus tant que dure leur destination (v. E. Maguero, *Affectation*, Dictionnaire des domaines, n° 20 ; R. De Recy, *Traité du domaine public*, Dupont, 1893, t. 1, p. 325).

Cette position a ensuite été reprise par les professeurs Maurice Duverger (*L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, thèse, Bordeaux, 1940, p. 331) et Jean-Marie Auby (*Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration*, EDCE, 1958, p. 43 ; *Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public*, Mélanges Laborde-Lacoste, Ed. de Bière, 1964, p. 24 et s.), puis par le professeur Jean Dufau analysant les anciens articles L. 53 et L. 54 du code du domaine de l'État aux termes desquels les biens inutiles aux services affectataires devaient être remis au service des domaines pour qu'il procède à leur aliénation : a contrario, cet auteur considérait que « les immeubles du domaine privé affectés à un service public sont inaliénables aussi longtemps qu'ils n'ont pas fait l'objet au préalable, d'une mesure de désaffectation » et que, cette exception au principe de l'aliénabilité des dépendances du domaine privé, « est en exacte correspondance avec les textes cités plus haut et selon lesquels seuls

peuvent être vendus les biens qui ne sont plus utiles pour le fonctionnement des services publics » (J. Dufau, *Domaine privé*, J.-Cl. Adm. 2000, fasc. 409, n° 42 ; v. également, C. Lemerrier, *préc.*, p. 232).

Même si l'interprétation a contrario de la règle de la remise aux domaines en vue de leur vente des biens désaffectés est largement critiquable - notamment parce que cette règle était avant tout motivée par des raisons financières qui s'opposaient à ce que l'administration conserve l'affectation et la propriété d'un bien inutile pour ses missions -, il n'en demeure pas moins que cette position, peut-être du fait de la garantie de la continuité du service public qu'elle apporte, semble avoir pénétré notre droit positif.

En effet, alors que l'article L. 3211-1, alinéa 1er, du CGPPP rappelle que les immeubles qui sont inutilisés peuvent être vendus, l'article L. 3211-2 semble énoncer comme une règle spéciale que « les biens immobiliers à usage de bureaux [...] qui sont la propriété de l'État, peuvent être aliénés alors qu'ils continuent à être utilisés par les services de l'État [...] » ; ce qui signifierait, a contrario là encore, que les autres immeubles du domaine privé ne peuvent être vendus tant que dure leur utilisation par un service de l'État. Autrement dit, en prévoyant expressément la possibilité de céder un immeuble alors qu'il est utilisé par un service public, ces dispositions énonceraient-elles une exception qui confirmerait la règle d'incessibilité des immeubles du domaine privé de l'État qui continuent à être utilisés par un service de l'État ? Si l'on ne peut pas donner de réponse définitive à cette interrogation, il convient d'apporter quelques précisions sur la portée de cette règle et sur le cadre juridique de l'externalisation des immeubles du domaine privé. »

Source : Raphaël LEONETTI, *La cession des immeubles publics*, AJDA, 2010, p. 2463

b. La portée de la règle

La règle de l'incessibilité des immeubles du domaine privé affectés au service public a une portée qui soulève de nombreuses interrogations. Par exemple, les biens indispensables au fonctionnement du service public ne sont pas clairement définis et le sens même de la règle peut être débattu au vu de certaines prises à bail.

« Il faut d'abord bien se garder d'une comparaison hâtive avec le principe de l'inaliénabilité des biens du domaine public. De nombreuses conséquences du principe d'inaliénabilité du domaine public n'existent pas à propos de biens affectés du domaine privé. Il en va ainsi notamment pour la règle de l'imprescriptibilité, pour les limites à la constitution de droits réels et de servitudes, ou encore pour le formalisme du déclassement. Il faut cependant remarquer que ces biens peuvent être rapprochés de ceux du domaine public du point de

vue des cessions forcées : si, en l'état actuel du droit positif, l'ensemble des propriétés publiques sont insaisissables, seuls les biens « indispensables au bon fonctionnement du service public » ne sont pas soumis aux voies d'exécutions administratives. C'est ce que le Conseil d'État semble reconnaître dans l'arrêt précité Société fermière de Campoloro et autres, sans faire de distinction entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé (le principe d'inaliénabilité d'un bien du domaine public devrait cependant s'opposer à une cession forcée. Sauf à considérer que le préfet pourrait imposer le déclassement d'un bien désaffecté en vue de procéder à sa cession...). Reste à savoir quels seraient parmi les biens du domaine privé ceux qui sont indispensables au fonctionnement du service public, alors qu'ils ne remplissent pas, par définition, le critère de l'aménagement indispensable au fonctionnement du service public.

Ensuite, le sens même de la règle d'incessibilité des immeubles domaniaux utilisés pourrait être discuté au vu de certaines prises à bail. En effet, si la location d'immeubles affectés au service public est possible, pourquoi limiter la cession-bail des immeubles domaniaux affectés au service public ? Malgré l'absence de réglementation précise venant limiter ces prises à bail, il faut rappeler avec Nicole Bricq qu'« en principe, le choix d'une prise à bail, par préférence à l'occupation d'un immeuble domanial, c'est-à-dire détenu en propriété par l'État, devrait être arrêté en fonction de la durée prévisible de la situation. De la sorte, les locations devraient être réservées aux administrations éphémères ou aux situations transitoires (par exemple, un déménagement pendant des travaux) ; aux administrations à vocation pérenne devraient revenir un hébergement de nature domaniale. Cette bonne règle de gestion sert d'ailleurs de référence au conseil de l'immobilier de l'État, lorsqu'il est amené à apprécier les projets de prise à bail dont il est saisi pour avis » (Rapport sur l'État locataire, Doc. Sénat, 2009, n° 510, p. 25). Les prises à bail ainsi limitées, on comprend mieux l'encadrement des cessions-bail. »

Source : Raphaël LEONETTI, *La cession des immeubles publics*, AJDA, 2010, p. 2463

c. Les aménagements et dérogations à la règle

La règle de l'incessibilité des immeubles du domaine privé affectés au service public a évolué face à un contexte politique nouveau. Cette règle connaît désormais d'importants aménagements et dérogations. Ainsi, la question de la modification voire de la suppression de cette règle peut être envisagée.

« Cette règle a été affirmée à une époque où l'externalisation de ces biens n'était pas politiquement envisagée. Les termes du problème

ont donc changé et un certain nombre de dérogations sont aujourd'hui prévues.

Les immeubles à usage de bureaux de l'État peuvent ainsi être vendus alors qu'ils continuent à être utilisés par un service public. Mais, le législateur a pris le soin de préciser que l'acte d'aliénation devra dans pareille hypothèse contenir des clauses de nature à garantir la continuité du service public (v. E. Fatôme, Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004, AJDA 2005. 584). Reste à savoir ce que sont ces clauses. Aussi, précisons que cette disposition ne concerne que les immeubles qui continuent à être utilisés par les services de l'État, ce qui signifie que les immeubles qui sont affectés à des services publics qui ne dépendent pas des services de l'État pourraient être vendus durant leur occupation par un autre service public. Cette possibilité peut paraître logique puisqu'il ne s'agit pas pour la personne publique propriétaire de conserver la propriété d'un immeuble dont elle aurait besoin pour l'exercice de ses missions. Toutefois, il ne faudrait pas que cette vente remette en cause la continuité du service public pour les besoins duquel cet immeuble a été mis à la disposition d'une autre personne.

Se pose alors la question de savoir si les immeubles à usage de bureaux épuisent la catégorie des biens du domaine privé utilisés pour le fonctionnement des services publics. Mais au vu de la volonté de réduction du champ de la domanialité publique, par le biais notamment du critère de l'aménagement indispensable, il conviendrait peut-être d'apporter, pour l'heure, une réponse négative à cette question (v. aussi les remarques de Ph. Yolka sur le manque de pertinence de la notion d'immeuble à usage de bureaux, J.-Cl. Prop. publ., fasc. 6, code général de la propriété des personnes publiques, n° 40). La banalisation de certains biens, comme les commissariats par exemple, amène déjà la pratique à s'interroger sur leur domanialité. D'autres biens pour lesquels la domanialité publique avait pu être reconnue pourraient être concernés : les hôtels de ville, les salles des fêtes, maisons des associations, les stades - s'ils sont encore affectés à un service public. Aussi, une circulaire du premier ministre en date du 16 janvier 2009 (JO 21 janv. 2009), relative à la politique immobilière de l'État, lorsqu'elle traite de la question des conventions d'utilisations remplaçant les règles d'affectation des immeubles du domaine privé, évoque à titre d'exemple les prisons ! S'il s'agissait en l'occurrence d'indiquer que ces conventions devront être adaptées pour des immeubles particuliers, la question de la domanialité privée des prisons était-elle implicite dans le raisonnement du premier ministre ? On comprend qu'en la matière, la prudence, et donc une interprétation stricte des dispositions du CGPPP, s'imposent. Et si à l'avenir le législateur souhaitait

étendre le régime de cession-bail des immeubles à usage de bureaux aux autres biens affectés du domaine privé, il serait certainement opportun qu'il prévoie des clauses obligatoires de nature à garantir la continuité du service public, d'autant plus que certaines activités de service public, comme les activités de police, ne sont pas de droit soumises au statut protecteur des baux commerciaux (art. L. 145-1 et L. 145-2, I C. com. Une extension conventionnelle de ce statut est néanmoins possible). Il serait d'ailleurs intéressant de savoir si les locations actuelles, dans Paris par exemple, de certains commissariats, n'ont pas déjà posé des difficultés quant au maintien de l'occupation des lieux.

Toujours au titre des dérogations à la règle de l'incessibilité des immeubles domaniaux utilisés par les services publics, la modification des dispositions relatives à la SOVAFIM par l'article 51 de la loi de finances initiale pour 2008, laisse penser que tous les immeubles du domaine privé de l'État et de ses établissements publics - et non seulement les immeubles à usage de bureaux - pourraient être vendus à la SOVAFIM, qu'ils soient ou non utilisés par un service public. Gilles Carrez note en effet que « c'est désormais l'ensemble des actifs immobiliers de l'État et de ses établissements publics, que ceux-ci soient utiles ou non aux missions qu'ils assument, qui pourront être transférés à la SOVAFIM en vue de leur valorisation, en particulier les biens appartenant à leur domaine privé et encore occupés. En effet, la rédaction actuelle de l'article 141 fait obstacle au transfert à la SOVAFIM de biens à usage de bureaux occupés par des agents publics appartenant à l'État ou ses établissements publics, et ce alors même que les articles L. 3211-2 et L. 3211-13 du CGPPP admettent que les biens immobiliers à usage de bureaux puissent être aliénés alors qu'ils continuent à être utilisés par les services de l'État ou de ses établissements publics. Cette nouvelle rédaction assure donc une cohérence avec les possibilités de cession que permet déjà le CGPPP » (Doc. Ass. nat., 2007, n° 276, p. 351). Mais faut-il comprendre que le périmètre d'activité de la SOVAFIM est limité, pour les biens utilisés, aux seuls immeubles à usage de bureaux, ou peut-on considérer qu'il s'étend à l'ensemble des actifs immobiliers de l'État et de ses établissements publics ?

Enfin, et en toute hypothèse, il faut préciser que le principe de l'interdiction de vendre des biens du domaine privé tant qu'ils sont utilisés par un service civil ou militaire n'est pas repris à l'endroit des collectivités territoriales et des établissements publics, du fait certainement du principe d'autonomie de ces personnes publiques (ce qui n'empêche pas l'existence de règles spéciales pour certains biens : par ex., art. L. 322-3 C. env. relatif aux cessions des biens du domaine propre du

Conservatoire du littoral). Mais pour les collectivités locales comme pour les établissements publics, les ventes sont en principe prononcées par l'organe délibérant, ce qui n'est pas le cas pour les biens de l'État puisque le législateur n'est compétent qu'en matière de vente de bois et forêts. Même s'il s'agit d'une décision politique, on peut penser que la discussion nécessaire à la délibération permettra de s'assurer que la continuité du service public ne sera pas atteinte par la vente d'un bien affecté. Aussi, à l'égard des établissements publics à caractère administratif, dont l'autonomie est en général très relative, le législateur a prévu la nécessité d'obtenir l'accord de l'autorité de tutelle avant la cession d'un immeuble à usage de bureaux encore utilisé, et d'inscrire dans l'acte d'aliénation des clauses garantissant la continuité du service public (art. L. 3211-13 CGPPP).

Une interprétation stricte de cette disposition interdirait d'étendre cette obligation aux immeubles des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, mais aussi des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial. Maîtres Pisani et Leufflen se sont toutefois prononcés dans le sens de l'unité du régime juridique des immeubles à usage de bureaux (Ch. Pisani, Valorisation des propriétés publiques, JCP Adm. 2006, n° 1250 ; P. Leufflen, loc. cit., p. 962 et 963). Sans aller jusque-là, on peut penser avec Etienne Fatôme que « le principe de continuité des services publics ayant valeur constitutionnelle, les autorités chargées de la gestion des biens du domaine privé affectés à des services publics ont l'obligation de le respecter dans toutes leurs décisions et ne doivent donc prendre aucune mesure qui serait de nature à lui porter atteinte » (Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004, préc., p. 589). S'agirait-il seulement des immeubles qui ont vocation à être libérés, à terme, par l'administration occupante ? L'externalisation serait alors peut-être une anticipation de leur inadéquation, assurant un transfert progressif des futurs biens inutilisés. »

Source : Raphaël LEONETTI, *La cession des immeubles publics*, AJDA, 2010, p. 2463

C. Les cessions des immeubles inutiles du domaine privé

a. L'origine juridique et politique de la règle

La règle des cessions des immeubles inutiles du domaine privé a une origine ancienne, juridique et politique. En effet, elle trouve ses prémices dans le code domanial de 1790 avant d'être mise en exergue par certains juristes et hommes politiques dès le XIXe siècle.

« Pour les dépendances du domaine privé, la cession des immeubles inutiles à un service civil ou militaire prenait l'apparence d'un véritable principe. En effet, l'article L. 54 du code du domaine de l'État disposait - avant sa modification par l'ordonnance relative aux immeubles à usage de bureaux - que « les immeubles du domaine privé, non susceptibles d'être affectés ou utilisés, sont aliénés par le service des domaines qui en recouvre le prix ». L'emploi du présent de l'indicatif pouvait être interprété comme une obligation de céder les biens insusceptibles d'être utilisés ou réaffectés (« Les services civils ou militaires sont tenus de faire remise au Domaine des immeubles dont ils n'ont plus l'utilisation [art. L. 53 C. dom. Et.]. La remise qui est constatée par un procès-verbal dressé contradictoirement doit être pure et simple [art. R. 89 C. dom. Et.]. En principe, le service affectataire continue à en assurer la garde. Si le bien n'est pas susceptible d'être utilisé par un autre service de l'État, le Domaine doit l'aliéner suivant les procédures et conditions financières qu'il a la responsabilité de fixer », J.-Cl. Prop. publ., fasc. 82, Aliénation des immeubles de l'État, n° 9). Cette interprétation pouvait prendre appui sur le fait qu'un bien inutile constitue une charge financière pour l'administration qui, par ailleurs, n'est pas en mesure de l'exploiter financièrement à la manière d'un propriétaire privé. C'est aussi ce que les auteurs du code domanial de 1790 prônaient (à travers l'aliénabilité du domaine national), prenant en compte que « des possessions foncières livrées à une administration générale sont frappées d'une sorte de stérilité tandis que, dans la main de propriétaires actifs et vigilants elles se fertilisent [...] et enrichissent l'État » (loi du 1er déc. 1790, préamb. ; v. P. Chrétien, La distinction des domaines comme forme symbolique, thèse, Paris I, 1990, not. p. 105 ; G. Quiot, Considérations sur une curiosité juridique : l'existence en droit français d'un domaine privé des personnes publiques, Mélanges J.-M. Rainaud, L'Harmattan, 2009, p. 339). Mais les faits sont têtus, et des biens exploités financièrement se sont maintenus au sein des patrimoines publics.

On retrouve cependant des traces du principe de cession des immeubles inutilisés sous la plume de juristes et d'hommes politiques du XIXe siècle et du début du XXe (L.-A. Macarel et S.-J. Boulatignier, De la fortune publique en France et de son administration, Paris, Pourchet père, 1840, t. 1, p. 37). Pour répondre à cette « grave question d'économie sociale », ils affirmaient que les « nations chez lesquelles le Gouvernement a pu suffire aux charges publiques avec les seuls revenus du domaine [...] étaient encore dans l'enfance ; [...] si l'on admettait une semblable doctrine pour nos États [...] où la civilisation développe chaque jour de nouveaux besoins, il faudrait qu'une portion considérable du territoire restât aux mains de la nation : ce qui serait une situation fâcheuse. L'expérience prouve, en effet, que les immeubles

ainsi concentrés produisent beaucoup moins que si les simples particuliers en étaient propriétaires [...] » (ils plaidaient alors pour le système des impôts annuels). »

Source : Raphaël LEONETTI, *La cession des immeubles publics*, AJDA, 2010, p. 2463

b. Une règle fondée sur les limites des compétences des personnes publiques

La règle des cessions des immeubles inutiles du domaine privé est notamment fondée sur les limites des compétences des personnes publiques. En effet, l'intérêt général gouvernant seule l'action des personnes publiques, un intérêt financier exclusif ne semble pas pouvoir guider les personnes publiques lorsqu'elles agissent. Néanmoins, ces propos doivent être débattus à la lumière la crise des finances publiques en vu de savoir, par exemple, si la cession est la meilleure solution en termes de valorisation.

« Le principe de la vente des immeubles qui ne sont pas utiles pour l'exercice des missions de l'administration a aussi pu prendre appui sur les limites des compétences des personnes publiques. Leur action est nécessairement guidée par l'intérêt général ; et si l'intérêt financier peut en être une composante, il ne saurait en être le but exclusif. Les personnes publiques n'échappent pas à ce principe d'action lorsqu'elles gèrent leur domaine privé : « Elles ne doivent pas seulement se comporter comme un propriétaire privé [...] elles ont d'abord la charge de l'intérêt général et cette mission doit certainement continuer de guider leur comportement alors même qu'elles prennent des décisions à l'égard de leur domaine privé » (concl. H. Savoie sur CE 10 mars 1995, Commune de Digne, req. n° 108753, RFDA 1996. 429 ; AJDA 1995. 479 ; D. 1995. 541, note J.-F. Davignon ; RDI 1995. 737, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé ; CJEG 1995. 196). C'est la raison pour laquelle le domaine privé est en principe le siège de l'exécution des missions d'intérêt général.

Mais pour autant, doit-on considérer que l'existence d'un domaine privé seulement productif de revenus est une anomalie ? Si les auteurs font encore référence à l'existence d'immeubles de rapports dans les patrimoines publics, on a pu considérer que l'existence de tels biens devrait demeurer, en quelque sorte, accidentelle (sur cette question, G. Lemée, Le domaine privé des collectivités locales, Et. fonc. 1996, n° 70, p. 22 et s.). D'ailleurs, si dans les faits les personnes publiques sont restées propriétaires d'immeubles productifs de revenus (des textes retiennent d'ailleurs expressément cette possibilité : v. le A 751 de l'annexe 61-5 CSP, pour les établissements hospitaliers), certaines tentatives de réduction des patrimoines publics aux seuls biens qui ont vocation à être le support d'une mission d'intérêt général ont existé.

Ce fut notamment le cas à propos du domaine privé de la ville de Paris. Au fil du temps, le domaine privé de la ville de Paris s'est enrichi d'un certain nombre d'immeubles de logement de qualités diverses : chambres individuelles, hôtels particuliers, logements modestes, voire vétustes, encore soumis à la loi de 1948. C'est à la suite de dons, legs, expropriations, réquisitions, achats amiables et autres voies des plus variées que la ville est devenue propriétaire de ce parc. A partir du milieu des années 1970, l'existence de ce domaine privé a attiré certaines critiques. La Cour des comptes constatait que l'administration de la ville n'était pas en mesure de fournir un inventaire complet de ce patrimoine dont elle stigmatisait la gestion. Une commission d'experts présidée par Noël Chahid-Nourāi a repris les critiques de la Cour des comptes et proposé, dans un rapport remis le 30 novembre 1995 au maire de Paris, de remédier à cette situation en utilisant ces biens pour favoriser le logement social, et en procédant à la vente de tous ceux ne correspondant pas à un intérêt général clairement identifié. C'est ainsi que le conseil du patrimoine de la ville de Paris, dont la création était suggérée par le rapport de Monsieur Chahid-Nourāi, a pu établir une typologie des biens du domaine privé non affectés à un service public afin d'identifier ceux dont l'intérêt historique ou stratégique ne justifie pas le maintien dans le patrimoine de la ville. Etait alors affirmé qu'« une collectivité publique telle que la ville de Paris n'avait pas vocation à conserver la gestion, voire la propriété, d'un vaste patrimoine locatif » qui n'est pas le support d'une mission d'intérêt général (v. Rapport d'activité pour 2002, p. 2).

Il convient de revenir sur cette conception du domaine privé. L'intérêt financier a en effet acquis davantage de légitimité comme composante de l'intérêt général, et à l'heure d'une certaine crise des finances publiques, la gestion des biens publics tend à intégrer au mieux les problématiques financières. Il conviendrait alors de s'interroger sur le point de savoir si la cession est la meilleure solution en termes de valorisation. Et d'abord, il faut bien admettre qu'en bon gestionnaire une personne publique ne vende pas au mauvais moment ses immeubles inutiles et préfère, pendant un temps, les donner à bail, ou encore les valoriser, les viabiliser, avant de les céder (la nécessité de bien vendre a été rappelée après la « bourde » de la vente de l'Imprimerie nationale : v. not., T. Serafini, L'État sort sa planche à billets pour récupérer l'Imprimerie nationale, Libération, 31 juill. 2007). Mais certaines hypothèses justifient de ne pas vendre au prix maximum (par ex., art. L. 3211-7 CGPPP, pour la construction de logements sociaux). Ensuite, on peut aussi se demander si, au titre de la meilleure valorisation de leurs patrimoines, les personnes publiques ont réellement intérêt à abandonner la propriété de terrains sur lesquelles

elles pourraient préférer conclure des baux à construction ou emphytéotiques qui permettraient de garder un certain contrôle de ces terrains - et donc de ne pas injurier l'avenir - tout en permettant d'y réaliser des projets publics ou privés. D'ailleurs, le législateur vient d'étendre la possibilité pour l'État de conclure sur ses biens - qu'ils appartiennent au domaine public ou privé - des baux emphytéotiques administratifs en vue de leur restauration, réparation ou mise en valeur (art. L. 2341-1 CGPPP, créé par la loi n° 2010-853 du 23 juill. 2010, art. 11 ; comm. E. Fatôme et M. Raunet, p. 2475). Au lieu de céder à un investisseur privé un immeuble, sans contrôle quant à la réalisation du projet envisagé, le BEA permet à la collectivité de conserver une certaine maîtrise du projet en restant propriétaire. Reste à savoir si les investisseurs privés seront attirés par ce type de montage.

En toute hypothèse, il faut rappeler que la location de dépendances du domaine privé pour permettre à l'administration propriétaire de conserver la maîtrise d'une emprise a toujours existé, et a même donné lieu à des conventions d'occupation précaire justifiées par des raisons d'intérêt général. La meilleure valorisation des propriétés publiques pourrait ainsi conduire à conserver des immeubles productifs de revenus (C. Chamard-Heim note qu'« il y a quelques dizaine d'années [...] le domaine privé était conçu comme le moyen des services publics ; partant, sa rentabilité et sa valorisation semblaient être des préoccupations éloignées de l'intérêt général », J.-Cl. Prop. publ., fasc. 52, Domaine privé - Gestion, n° 86) ; il y a donc un véritable choix qui s'offre aux gestionnaires publics entre cession - qui peut, bien entendu, rester la meilleure solution du point de vue de l'intérêt financier et globalement de l'intérêt général (la politique de cession de la SOVAFIM doit ainsi participer au développement de l'offre de logement ; v. not. la charte signée en ce sens le 18 sept. 2007 entre la SOVAFIM et le ministre du logement ; v. le site internet du ministère du logement) - pour des raisons financières, et exploitation d'un immeuble public. Semble aller dans ce sens la modification de l'article L. 54 du code du domaine de l'État par l'ordonnance du 19 août 2004 relative aux immeubles à usage de bureaux, confirmée par la rédaction retenue de l'article L. 3211-1, alinéa 1er, du CGPPP qui énonce désormais une simple possibilité de vendre les biens qui ne sont plus utilisés et non plus l'obligation que l'on pouvait déduire de la rédaction ancienne de l'article L. 54.

Partant, si le coût de la gestion d'un immeuble ne dépasse pas les produits qu'il génère, et si son appropriation publique n'est pas de nature à le rendre stérile - dès lors que des investisseurs privés sont autorisés et intéressés à le valoriser et l'utiliser pour des projets publics ou privés - sa conservation dans un patrimoine public devrait être possible (sur

cette évaluation, v. C. Prebissy, Dr. adm. 2010, n° 10, chron. 4). »

Source : Raphaël LEONETTI, *La cession des immeubles publics*, AJDA, 2010, p. 2463

c. La question de la compétence théorique et matérielle des personnes publiques pour être propriétaire

La règle des cessions des immeubles inutiles du domaine privé doit être discutée par rapport à la question de la compétence théorique et matérielle des personnes publiques pour être propriétaire. En effet, il convient d'étudier la compétence des personnes publiques afin de savoir si elle est suffisante ou non pour exercer efficacement la fonction de propriétaire.

« D'une part, il faudrait savoir exactement dans quelle mesure les personnes publiques disposent des moyens et des compétences suffisants pour être propriétaires d'un vaste patrimoine productif de revenus. L'engouement pour l'externalisation laisse d'ailleurs penser que les personnes publiques ont aujourd'hui plutôt tendance à se décharger de leurs responsabilités de propriétaire. Mais nous avons vu que l'objectif est aussi d'encaisser le produit des cessions, face notamment aux difficultés des finances publiques. A cet égard, la création de la SOVAFIM présente un réel intérêt. Les transferts de biens auprès de la SOVAFIM devraient en effet permettre de vendre au meilleur prix - même si se pose la question de la répartition du produit de la vente entre cette société et l'ancien propriétaire. Et, malgré le silence des textes, on pourrait envisager que la SOVAFIM puisse conserver ces biens pour en tirer des revenus qui seront en partie affectés à des budgets publics, sans que la collectivité ou l'entreprise ne supporte directement la charge de la gestion de ces biens, et tout en permettant de laisser sous la main de l'administration d'importantes réserves patrimoniales (Olivier Debains avait pu proposer la création d'un établissement public à caractère industriel et commercial dénommé l'Agence des propriétés immobilières de l'État), auquel l'État aurait pu confier l'aménagement, le développement et la mise en valeur de son parc immobilier (Rapport Mission immobilier public, Doc. fr., 2003, not. p. 32).

Il faut, d'autre part, se demander si les personnes publiques disposent de la compétence théorique pour tirer des revenus de biens qui ne sont pas le support direct de leurs missions. C'est une question largement politique, mais le juriste doit s'y intéresser, car elle renvoie nécessairement à un problème de frontière entre l'intérêt général et l'intérêt purement privé, entre la propriété publique et la propriété privée, mais aussi aux limites de l'action publique au vu notamment de l'existence de la propriété privée et du principe de la liberté du

commerce et de l'industrie. L'exploitation financière des biens publics ne saurait, à notre sens, être radicalement prohibée. Il s'agirait simplement de sanctionner les détournements de pouvoirs ou les erreurs manifestes d'appréciation de certaines politiques et des décisions qui les concrétisent. Par exemple, l'exploitation des biens donnés ou légués n'a jamais soulevé de difficulté dès lors qu'il ne s'agit pas pour l'administration propriétaire d'exécuter une activité purement privée dont le bien pourrait être le support. La conservation de biens devenus inutiles, pourrait aussi être justifiée pour des raisons politiques, ou parce qu'ils sont une source de revenus importante pour l'administration, au vu notamment de leurs caractéristiques et situations.

En revanche, il serait certainement impensable qu'une personne publique se comporte comme un simple investisseur, ou spéculateur immobilier, et achète un bien uniquement en vue d'en tirer des revenus (pour certaines limites quant à l'intérêt financier, v. à propos des réserves foncières : **CEDH 2 juillet 2002, Motais de Narbonne contre France, aff. n° 48161/99**, AJDA 2002. 1226, note R. Hostiou ; v. également à propos des « droits relevant de la propriété intellectuelle et artistique [qui] ne doivent pas conduire l'opérateur public à réaliser des profits d'un montant manifestement disproportionné » : **Conseil d'État, 24 juillet 2006, Cegedim**, RJEP 2007, n° 642, p. 191, concl. C. Verot). »

Source : Raphaël LEONETTI, *La cession des immeubles publics*, AJDA, 2010, p. 2463

D. L'exemple de la Mission pour la réalisation des actifs immobiliers : l'aliénation des biens devenus inutiles aux besoins des armées

Intervenant dès que l'aliénation d'un bien immobilier est prononcée, la Mission pour la réalisation des actifs immobiliers (MRAI) conduit une réflexion autour d'une reconversion du bien à des fins civiles et mène l'ensemble des négociations permettant de conclure un accord avec un acquéreur.

La MRAI, dirigée par un Ingénieur général des ponts, des eaux et des forêts, a été créée en 1987. Elle accompagne l'ensemble des partenaires locaux dans la définition de nouveaux usages des emprises militaires libérées en conciliant les intérêts du ministère de la Défense avec ceux des collectivités locales. Elle engage avec les collectivités locales et préfectorales des études de reconversion sur le devenir des sites particulièrement complexes.

Des dispositifs spécifiques à l'aliénation des biens devenus inutiles aux besoins des armées permettent à la MRAI la dispense de la consultation préalable des autres services de l'État avant l'aliénation des biens, la négociation directe de l'aliénation des biens avec les collectivités locales, le financement et la

réalisation des opérations de dépollution par l'acquéreur, le recours à une société chargée de la valorisation et de la cession des sites militaires.

Les négociateurs de la MRAI sont répartis sur le territoire national pour aider les acquéreurs à formaliser leurs projets, dégager le projet le plus adapté à partir de l'étude de reconversion, communiquer les décisions du ministère de la Défense et assurer la liaison entre le préfet et les autorités locales de la Défense (...).

En 2009, la MRAI a conclu 59 dossiers, représentant une valeur supérieure à 105 M€. 6 adjudications publiques ont été estimées à 2,09 M€. Les ventes réalisées par adjudications publiques ont été notamment la cité Lurian à SALON (732 000 €), l'immeuble rue Albert 1er de Belgique à ARRAS (510 000 €) et la villa les Jumelles à ISTRES (305 000 €).

53 cessions amiables ont été conclues à 104,45 M€. Par exemple, les ventes réalisées par accords amiables ont été le fort à ISSY-LES-MOULINEAUX vendu à la SEM de l'Arc de Seine (60 000 000 €), les quartiers Chauveau et Beaumont/fraction à TOURS changement d'utilisation au profit du ministère de l'enseignement supérieur (14 080 000 €), la caserne d'Aurette et fort d'Entrecasteaux à MARSEILLE vendus à la commune de Marseille (10 000 000 €), l'établissement ravitailleur du commissariat à DOUAI vendu à la commune de Douai 4 500 000 €, l'aérodrome à SAINT-NAZAIRE vendu à la société EADS (3 800 000 €), la caserne Vauban parcelle YH 66 à BESANCON vendue à la commune de Besançon (2 800 000 €), le quartier Thurot à HAGUENEAU vendu à la commune de Hagueneau (2 695 000 €), le cercle des officiers, Caserne Miribel, Caserne Driant et la citadelle à VERDUN vendus à la commune de Verdun (1 175 000 €) et l'établissement du matériel de l'armée de Terre Zones 1 et 3 à Aubigné Racan vendu au Syndicat de développement économique du sud de Sarthe (1 053 900 €).

La répartition des cessions par types d'acquéreurs a été la suivante : 41 immeubles ont été acquis par des communes ou des groupements de communes, 8 par des particuliers, des entreprises ou des établissements publics, 6 par des particuliers après adjudication publique, 2 par des départements, un immeuble a fait l'objet d'un changement d'utilisation et un autre a été utilisé pour un transfert de propriété.

A la suite des restructurations du ministère de la Défense, la MRAI a conclu 10 dossiers bénéficiant d'une cession au titre de l'euro symbolique, représentant une valeur vénale supérieure à 13 M€.

II. Le développement de la politique de cession immobilière de l'État depuis 2004

A. La cession, partie intégrante de la politique immobilière de l'État

L'État est propriétaire d'une part significative du patrimoine immobilier français. En effet, le patrimoine immobilier de l'État est important en surface (**60 millions de m² dont 12 millions de m² de bureaux**) et en valeur (**60 milliards d'euros au bilan de l'État du 31 décembre 2009 et même 102 milliards en incluant les opérateurs publics**), mais souvent ancien, peu fonctionnel et mal entretenu.

Depuis **2004**, l'État a engagé une profonde réforme de sa politique immobilière qui repose sur la mise en place d'une stratégie claire au service d'une gestion immobilière performante dans le contexte de la Revue générale des politiques publiques et de la restructuration des services de l'État.

La réforme de la politique immobilière de l'État vise quatre objectifs : faire évoluer le parc immobilier vers des implantations plus adaptées, moins nombreuses et moins onéreuses ; optimiser l'occupation des immeubles et valoriser au mieux ceux qui sont libérés ; moderniser l'entretien ; et mobiliser le foncier pour participer à la production de logements.

L'État s'engage ainsi dans une gestion dynamique de son patrimoine qui repose sur un recensement précis de ses propriétés, la cession de ce qui ne lui est plus utile, l'acquisition des biens nécessaires à l'exercice de ses missions, et bien entendu, l'entretien de son patrimoine pour en préserver la valeur.

Une telle évolution impliquait l'adaptation des règles juridiques encadrant les ventes du domaine immobilier de l'État, la réforme de l'administration des domaines, des mesures d'incitation et de nouvelles « règles du jeu » (schéma pluriannuel de stratégie immobilière, loyers budgétaires, signature de conventions d'occupation).

Plusieurs mesures juridiques destinées à faciliter les cessions domaniales ont été prises. En 2004, les immeubles de bureaux de l'État ont été déclassés (c'est-à-dire qu'ils n'appartiennent plus au domaine public mais au domaine privé de l'État et que les procédures pour les vendre sont plus faciles), ce qui simplifie leur cession et permet, si nécessaire, de les vendre avant qu'ils soient libérés. Les procédures de vente des immeubles de l'État ont également été assouplies.

Par conséquent, les cessions s'inscrivent dans le cadre, plus global, de la politique immobilière, initiée par l'État et incarnée par le service France

domaine de la direction générale des finances publiques.

La politique de cessions immobilière de l'État est bien connue. Elle porte sur les biens trop chers ou peu fonctionnels. L'ensemble des immeubles de l'État est répertorié au sein du tableau général des propriétés de l'État dont les données sont périodiquement actualisées.

B. L'avis déterminant de France Domaine, service de la politique immobilière de l'État, sur les conditions financières des cessions immobilières du domaine privé national et local

La dynamisation de la politique immobilière de l'État est un axe majeur de sa modernisation. Le service du Domaine en est l'acteur principal. Le service France Domaine, rattaché à la direction générale des Finances publiques, représente l'État-proprétaire et met en œuvre la dynamisation de la politique immobilière de l'État, en définissant notamment la stratégie immobilière de l'État. Les trois métiers du Domaine sont : opérateur foncier, gestionnaire de patrimoine privé et expert immobilier. Pour cette dernière fonction, dans chaque département, existe un service local du Domaine qui rend, notamment, des avis sur les conditions financières des opérations de cession ou d'acquisition.

a. Le rôle primordial de France Domaine sur les cessions immobilières nationales

France Domaine a un rôle primordial sur les cessions immobilières nationales comme l'illustre le rapport public annuel de la Cour des comptes, Les cessions de biens immobiliers de prestige par France Domaine, de 2009. Néanmoins, ce rapport, comme d'autres de la Cour des comptes, critique l'insuffisance du cadre juridique des cessions immobilières et ses conséquences.

« Les cessions immobilières sont mises en œuvre par France Domaine sur la base de dispositions de la partie réglementaire du code du domaine de l'État, toujours en vigueur. Alors que les pouvoirs publics demandaient à ce service d'accroître le nombre et l'importance des opérations, la réglementation applicable n'a pas été pleinement adaptée aux enjeux qui s'attachent à des sorties massives du patrimoine de l'État.

Compte tenu de l'ampleur nouvelle des opérations de vente et de l'importance de certaines d'entre elles, si les pouvoirs publics ont mis en place, en 2005, une commission⁹⁷ chargée de veiller à la transparence et à la qualité des cessions immobilières de l'État, pour autant, l'adoption de procédures précises, adaptées aux enjeux attachés à

cette nouvelle politique, n'a pas été effectuée. L'examen d'un échantillon d'opérations réalisées entre 2005 et 2007, dont le montant global dépasse 800 M€ et représente 45 % des cessions de plus de 2 M€³⁸ et 33 % du total des produits de la période, a permis de relever des faits qui mettent en évidence l'insuffisance du dispositif juridique encadrant les cessions immobilières de l'État et la nécessité de le compléter afin de mieux assurer la transparence des opérations.

Si des principes généraux de publicité et de mise en concurrence sont applicables depuis 2004 aux ventes d'immeubles de son domaine privé, il n'existe pas de règles procédurales précises comme c'est le cas en matière de commande publique, par exemple pour les marchés publics.

Les pouvoirs publics ont certes mis en place un dispositif destiné à veiller à la transparence et à la qualité des cessions immobilières de l'État, mais ce dispositif reste à améliorer.

(...)

[1. Des cessions majeures à des sociétés d'investissement dans un contexte juridique inapproprié]

1.1. Une quasi-absence de règles pour les cessions

Les procédures d'aliénation du domaine privé immobilier de l'État sont régies par les dispositions du décret n° 2004-1175 du 4 novembre 2004 qui ont modifié la partie réglementaire du code du domaine de l'État, toujours en vigueur.

Ce texte se borne à disposer que l'aliénation d'un immeuble appartenant au domaine privé de l'État, qu'elle s'effectue par adjudication publique ou de manière amiable, doit être précédée, en principe, d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Ce principe n'est en outre pas absolu, certaines ventes se faisant de gré à gré⁹⁸. Celles-ci sont réalisées essentiellement au profit de collectivités territoriales ou assimilées (sociétés d'économie mixte, par exemple) et d'organismes HLM⁹⁹. La procédure de gré à gré est également le mode privilégié de cession des biens occupés par le ministère de la défense qui dispose, à cet égard, d'un régime dérogatoire prévu par le code du domaine de l'État.

⁹⁷ Arrêté du 16 janvier 2009 relatif à la Commission pour la transparence et la qualité des opérations immobilières de l'État.

⁹⁸ En nombre et hors Paris, les cessions de gré à gré sont majoritaires. Elles représentent 54 % des cessions de plus de 2 M€. Toutefois, leur part dans les montants des cessions (22 % des produits correspondants) est plus modeste.

⁹⁹ Dans le cadre de la mise à disposition de terrains pour le développement de l'offre de logements sociaux.

L'article R. 129-2 de ce même code prévoit les règles de publicité applicables aux ventes avec mise en concurrence. Aux termes de cet article, le préfet annonce la cession amiable au moyen d'un avis inséré dans une publication à diffusion locale, nationale ou internationale, habilitée à recevoir des annonces légales, ou dans une publication spécialisée dans le secteur immobilier, publié par voie électronique. Le choix des modalités de publication est fonction, en particulier, de la nature et de l'importance de l'immeuble dont la cession est envisagée. L'avis précise notamment les caractéristiques essentielles du bien, les modalités d'obtention du cahier des charges de la vente, les modalités de présentation des offres par les acquéreurs potentiels, ainsi que les modalités d'organisation des visites.

Les critères de sélection des offres prennent notamment en compte les conditions financières proposées ainsi que les garanties de bonne fin et de solvabilité présentées¹⁰⁰. La cession est consentie 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 domaine¹⁰¹, la cession est autorisée par ce dernier¹⁰². En outre, conformément aux dispositions de la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, les projets de cessions immobilières de l'État sont soumis à une notification préalable aux communes afin de leur permettre d'exercer le droit de priorité dont elles bénéficient.

Ces dispositions sont les seules applicables aux opérations de cessions immobilières de l'État réalisées avec appel à la concurrence.

Contrairement à l'univers, certes distinct, de l'achat public, il n'existe aucun texte qui garantisse et organise l'égalité de traitement entre les candidats. De même, les conditions dans lesquelles une négociation peut s'ouvrir avec un ou plusieurs candidats ne sont pas fixées. Le rôle, la composition, les pouvoirs des commissions administratives chargées d'ouvrir les plis ne sont définis nulle part. Les conditions de rejet par celles-ci d'une offre ou les conditions dans lesquelles une offre imprécise peut être complétée par un candidat ne sont pas davantage fixées.

Par voie de conséquence, en l'absence de règles précises, le contrôle des opérations et la sanction

d'une atteinte à la transparence des procédures¹⁰³ sont rendus quasiment impossibles.

Le seul texte qui organise les opérations de vente est un guide pratique des cessions amiables, réalisé par France Domaine à l'attention des trésoriers-payeurs généraux. Ce document mentionne simplement que l'ouverture des plis est effectuée par une commission dont la composition est librement déterminée par le responsable du service local du domaine, l'examen des offres devant faire l'objet d'un procès-verbal.

1.2. Un dispositif de surveillance de la transparence des opérations incomplet

Au regard des enjeux financiers importants qui s'attachent aux cessions immobilières de l'État, un dispositif de surveillance de la transparence des opérations immobilières de l'État a été mis en place, mais demeure incomplet.

Un arrêté du 20 octobre 2005 a créé une commission chargée de veiller à la transparence et à la qualité des opérations de cession amiable d'immeubles du domaine privé de l'État dont la valeur vénale estimée ou le prix de cession est supérieur ou égal à un montant fixé par arrêté¹⁰⁴.

Cette commission¹⁰⁵ est destinataire de tous les projets de cession relevant de sa compétence. Ses membres peuvent assister à toutes les opérations concourant aux ventes et entendre toute personne en rapport avec leurs attributions.

Cette commission remet au ministre chargé du budget un rapport annuel.

Alors que le rapport pour l'année 2005 souligne que la nomination tardive de ses membres n'a pas permis à la commission de suivre de manière instantanée toutes les opérations, le rapport pour 2006 relève que l'information de la commission au cours des opérations et en amont de leur lancement effectif demeure encore imparfaite. Pour 2006, l'information n'a concerné que 15 des 48 opérations de plus de 2 M€. Le rapport pour 2007 souligne : « Force est de constater que l'information de la commission en temps réel et suffisamment en amont du lancement des opérations n'est toujours pas pleinement satisfaisante ».

¹⁰⁰ Article R. 129-3 du code du domaine de l'État.

¹⁰¹ L'article A. 104-1 du code du domaine de l'État a fixé le seuil à 2 M€.

¹⁰² Article R. 129-4 du même code.

¹⁰³ Le délit de favoritisme, qui vise les marchés publics et les délégations de service public, ne peut être relevé et les autres délits sanctionnés pénalement sont difficilement applicables. En l'absence de règles, la saisine de la Cour de discipline budgétaire et financière, qui sanctionne notamment la violation de règles d'exécution des recettes et des dépenses, ne peut être envisagée.

¹⁰⁴ 2 M€ en 2009.

¹⁰⁵ Distincte de la commission d'ouverture des plis, elle est composée d'un membre de l'inspection générale de finances qui en assure la présidence, d'un membre du Conseil d'État et d'un membre de la Cour des comptes.

Imparfait, ce dispositif de surveillance concerne en outre essentiellement les opérations opérées après publicité et mise en concurrence. Celles pour lesquelles la vente est simplement réalisée de gré à gré en sont de fait exclues. En effet, si la commission est également compétente pour de telles opérations, dès lors qu'elles sont supérieures à 2 M€, elle n'a pu, à ce jour, exercer son rôle que par des vérifications postérieures à la signature de l'acte de cession.

Dans son rapport pour 2007, établi en juillet 2008, la commission demandait d'ailleurs qu'à l'avenir, France Domaine lui communique périodiquement un tableau prévisionnel des cessions afin qu'elle puisse mieux programmer ses propres travaux et qu'elle ait la possibilité, s'agissant des opérations de gré à gré, d'entreprendre pour les opérations les plus importantes des vérifications sur pièces et sur place en amont de la signature de vente. Au moment de l'enquête de la Cour, à l'été 2008, ce tableau n'avait toujours pas été fourni à la commission et la réponse de l'administration aux observations provisoires de la Cour, en novembre 2008, ne comporte ni indication ni engagement à cet égard.

2. Des cessions illustrant les failles du dispositif actuel

L'insuffisance du cadre juridique dans lequel les cessions immobilières sont actuellement réalisées n'est pas sans conséquence. L'enquête de la Cour a mis en évidence les risques associés à cette situation. Ces risques ont été accrus par la volonté constante de dépasser l'objectif annuel de cession et par la complexité de certains circuits financiers. En l'absence, jusqu'à une période récente, de clause de sauvegarde (permettant de percevoir une quote-part de la plus value si le bien est revendu dans une période donnée suivant l'acquisition) dans les actes de vente, des plus-values importantes ont en outre pu être réalisées par certains acquéreurs dans des délais très brefs.

2.1. Un manque de rigueur auquel il faut remédier

En sa qualité d'opérateur principal des cessions immobilières de l'État, le service France Domaine est responsable des opérations de vente. La Cour a examiné un échantillon comprenant 20 des 98 cessions immobilières supérieures à 2 M€ réalisées entre 2005 et 2007. Cet échantillon représente un total de plus de 800 M€ sur les 2,252 Md€ de produits encaissés sur la période. Les opérations examinées ont toutes été réalisées après appel à candidatures. Dans la mesure où les opérations de gré à gré concernaient des collectivités territoriales ou assimilées et des organismes HLM et résultaient en majorité de l'exercice par les communes du droit de priorité que leur confère la loi n° 2006-872 du 3 juillet 2006 portant engagement national pour le

logement, celles-ci n'ont pas été incluses dans l'échantillon. Les constats rejoignent plusieurs observations contenues dans les rapports d'activité de la commission pour la transparence et la qualité des cessions immobilières de l'État.

2.1.1. Des opérations manquant parfois de transparence

Sur les 20 opérations de l'échantillon, 9 présentent, à des degrés divers, des singularités dans le déroulement de la procédure de cession.

2.1.1.1. Une réduction du prix acquitté par l'acquéreur

Dans deux cas, le montant figurant dans l'acte de vente et payé par l'acquéreur a finalement été inférieur de plusieurs centaines de milliers d'euros à celui offert et accepté par l'administration lors de l'examen de l'ensemble des offres. Pour l'une des ventes, le prix offert et retenu par l'administration (35,1 M€) a été revu à la baisse de 387 000 €, l'acquéreur ayant estimé n'avoir pas été suffisamment informé de la présence d'amiante. France Domaine, qui fait état d'un diagnostic amiante reçu du syndic de copropriété juste avant la vente en 2006, a communiqué des échanges de courriels avec ses services locaux qui font état de prétentions de l'acheteur demandant une réduction supérieure à 500 000 €. La Cour souligne que le nouvel état diagnostic amiante, qui est normalement joint à l'acte de vente, ne lui a pas été produit, non plus que les échanges de courriers entre l'acheteur et l'administration. En outre, France Domaine a transmis le procès-verbal d'une assemblée générale de la copropriété à laquelle appartenait le bien vendu en date du 27 juin 2005 (soit plus d'un an avant la vente) qui mentionne un diagnostic amiante du 24 mars 2005 et qui mandate le syndic pour faire effectuer les travaux par une entreprise.

Par ailleurs, pour cette opération, l'administration a pris en charge, à titre exceptionnel, la moitié des frais de vente¹⁰⁶ qui auraient dû être acquittés par l'acquéreur. Celle-ci justifie cette particularité en indiquant qu'elle a décidé en 2006, pour des raisons de renforcement de la sécurité juridique des transactions, de confier la rédaction des actes de vente aux notaires dont les honoraires sont normalement pris en charge par l'acquéreur, alors que le service du Domaine était auparavant le rédacteur quasi-exclusif des actes. Lors de la première année de la mise en œuvre du nouveau dispositif, les acquéreurs ayant reproché au service du Domaine le changement des « règles du jeu » et le coût que celui-ci entraînait, il a été décidé, à titre exceptionnel, une répartition des honoraires entre

¹⁰⁶ Soit 80 000 € HT sur un total de 160 000 € HT.

l'acquéreur et le vendeur sur une base de 50/50. L'administration n'a cependant fourni aucun autre exemple d'une telle pratique et cette prise en charge paraît constituer un cas d'espèce. Dès lors, si l'on prend ces frais en considération (95 680 € TTC), c'est un total de 475 000€ de réduction qui a été accordé à l'acquéreur, sans que les conditions de la négociation qui a été conduite après l'ouverture des plis aient été totalement explicitées. Dans l'autre cas, le prix aurait été révisé en raison de la modification de description de la consistance du bien qui incluait une loge de gardien initialement non prise en compte. Cependant, là encore, les conditions de la révision du prix à la baisse (à hauteur de 250 000 €) n'ont pu être totalement établies dans la mesure où l'administration n'a pu produire aucune pièce se rapportant à la négociation conduite avec l'acquéreur.

2.1.1.2. Des conditions de vente discutables à la suite d'appels infructueux

Dans quatre cas, les appels à candidatures ont été déclarés infructueux. En soi, le caractère infructueux d'un appel à candidatures ne saurait constituer une anomalie. Néanmoins, pour les ventes en question, les conditions de la cession intervenue à la suite de cette déclaration soulèvent diverses interrogations. Pour l'une des ventes, un second appel d'offres fut organisé. Toutefois, celui-ci fut engagé, sans publicité, en contactant par lettre des investisseurs ayant marqué antérieurement un intérêt pour une autre cession. Une seule offre ayant été reçue dans les délais prévus pour cette seconde consultation, celle-ci fut à nouveau repoussée de quelques jours. En définitive, une seconde offre, très basse, fut reçue par l'administration, le jour même de l'ouverture des plis.

Pour une autre vente, l'appel d'offres fut déclaré infructueux compte tenu du changement des règles d'urbanisme sur la base desquelles des offres avaient été formulées. France Domaine avait initialement lancé un appel d'offres pour vendre l'immeuble à un investisseur qui construirait à l'emplacement un ensemble immobilier dont plusieurs lots feraient l'objet d'une dation au bénéfice de l'État. Cet appel d'offres avait abouti à sélectionner deux offres devenues caduques en raison du changement des circonstances de la vente. En toute logique, l'État aurait dû relancer un appel d'offres sur de nouvelles bases.

Mais, désireux de percevoir le montant de cession initialement envisagé, l'État a choisi de conclure une vente de gré à gré avec un investisseur qui semblait seul susceptible de payer un tel prix. A la suite d'appels d'offres infructueux pour la vente de deux ensembles immobiliers sur la Côte d'azur, l'administration a recouru à un prestataire recruté dans le cadre d'un marché public. Les conditions

d'intervention de ce prestataire appellent un certain nombre d'observations.

Le prestataire a, en premier lieu, été sélectionné par l'administration au terme d'une procédure de passation d'un marché public qui n'a pas été conduite avec toute la rigueur nécessaire : l'administration a choisi à tort une procédure moins contraignante (« procédure adaptée » et non « procédure formalisée ») que celle à laquelle elle aurait dû se soumettre et a pu de ce fait mener une négociation sur le prix avec un seul des candidats.

En second lieu, son attention étant, selon elle, concentrée sur la conclusion de l'opération, elle a omis de prolonger le marché par un avenant alors que le délai d'exécution de celui-ci avait été dépassé. Enfin, la volonté d'aboutir a conduit à privilégier le recours à une vente globale alors que des offres non groupées, d'un montant globalement supérieur et dont les conditions de retrait n'ont pu être établies, avaient été présentées. A cet égard, le compte rendu d'exécution du marché, insuffisamment précis, ne permet pas d'apprécier totalement les conditions de valorisation du patrimoine de l'État.

2.1.1.3. L'annulation de son offre par le candidat initialement retenu

A la suite d'un appel d'offres, l'administration avait retenu un candidat dont l'offre (36 M€) était nettement supérieure à la seconde (28,1 M€). Informé par téléphone, ce candidat a annulé son offre et souhaité présenter une seconde offre plus basse (à hauteur de 28 M€), au motif que son information sur les surfaces nettes vendues n'avait pas été complète.

Tout en indiquant que ces arguments pouvaient être contredits, et compte tenu, selon elle, des intentions procédurières de ce candidat, l'administration a accepté d'organiser un second tour. Celui-ci fut organisé entre les seules sociétés ayant présenté les deux meilleures offres. Au terme de cette seconde consultation, le classement de celles-ci s'est trouvé inversé et la vente fut conclue pour 28,1 M€ avec le candidat initialement classé second. Le comportement de l'administration est critiquable. Outre qu'elle n'a pas notifié par écrit les résultats du premier appel d'offres au candidat qu'elle avait retenu, elle n'a pas cherché à faire valoir ses propres arguments lorsque celui-ci a souhaité retirer sa proposition. L'administration a indiqué que, « dans un premier temps, avait été annoncée une surface totale de 5528,60 m² qui fut ensuite rectifiée à 5217,70 m² sur le site internet [où sont présentées les cessions immobilières] le 26 juin 2006 ». Elle estime que, pour des raisons d'absence de preuves matérielles, cette rectification était difficilement opposable à l'acquéreur. Cette réponse ne fait que souligner la mauvaise préparation de l'opération de

cession. Le fait de ne pas avoir notifié aux candidats le tableau des superficies établi par un géomètre avant la date de remise des offres constitue une erreur de gestion.

De surcroît, l'organisation d'un second tour, non prévu par le règlement de la consultation, entre les candidats ayant présenté les deux meilleures offres, ne semble pas de nature à garantir la transparence de la procédure. Enfin, on peut remarquer que le candidat initialement classé premier a baissé son offre de 22 % alors que la différence de surface n'était que de 6 %.

2.1.1.4. Une incertitude sur le montant de certaines offres

A l'occasion d'une importante cession à Paris, la commission d'ouverture des plis a émis un doute sur le montant exact de la meilleure offre, qui était près de 10 fois supérieure à l'évaluation des domaines. Quatre autres offres étaient nettement inférieures à cette évaluation. Une dernière offre proposait simplement d'acheter l'immeuble en versant 3,25 % de plus que la meilleure proposition reçue par l'administration. La commission d'ouverture des plis a demandé aux auteurs de la première et de la dernière offre d'apporter des précisions par écrit. S'il est compréhensible que la question de l'erreur manifeste dans la formulation de l'offre anormalement élevée se soit posée, la demande adressée au candidat ayant formulé la dernière offre est plus critiquable.

En effet, l'avis d'appel à candidatures, qui mentionnait que le prix exprimé en euros devait être net de tout droit et taxe, exigeait une proposition de prix des candidats. Le procès-verbal d'ouverture des plis mentionne d'ailleurs explicitement que le prix n'est pas formulé. La question de la validité de cette offre pouvait dès lors être posée. Si l'offre n'avait pas été considérée comme valide, elle aurait dû être éliminée et l'appel d'offres déclaré infructueux dans la mesure où toutes les autres, y compris la première après rectification, étaient inférieures à l'évaluation des domaines.

La démarche de la commission d'ouverture des plis n'est ainsi pas exempte de critiques car elle a donné à un seul candidat la possibilité de bénéficier d'une procédure qui aurait dû être déclarée infructueuse. Ce dernier ayant reformulé son offre juste au-dessus de l'évaluation des domaines, la vente fut finalement conclue pour 10 M€.

2.1.2. Des textes à adopter

Les constats de la Cour mettent en évidence la nécessité de renforcer sans délai les procédures mises en œuvre par France Domaine afin d'en améliorer la rigueur et la transparence. Dans son rapport pour l'année 2006, la commission chargée

de veiller à la transparence et à la qualité des opérations de cession amiable d'immeubles du domaine privé de l'État « se déclare favorable à ce qu'une réflexion s'engage sur la fixation des règles de procédure ». Les exemples relevés par la Cour comprennent des négociations avec un candidat postérieurement à l'ouverture des plis, des appels d'offres infructueux donnant lieu ensuite à une vente de gré à gré ou à un second appel d'offres sans publicité, à la libre appréciation du service, des seconds tours organisés entre certains candidats seulement, des offres retirées après le dépouillement dans des conditions peu claires, des offres non conformes aux exigences du cahier des charges de la vente acceptées dans des circonstances peu transparentes. Chacun de ces exemples illustre les aléas et les risques qui résultent d'une absence de texte organisant précisément le déroulement des procédures de cessions. La Cour estime indispensable que les règles d'examen des candidatures et des offres ainsi que l'existence, la composition, les attributions et les modes de fonctionnement des commissions d'ouverture des plis soient précisés par des textes de nature réglementaire. La règle résultant d'un simple guide pratique des cessions amiables, selon laquelle la composition de la commission d'appel d'offres est librement déterminée par le responsable du service local du domaine, n'est, en tout état de cause, pas satisfaisante, dès lors que ce dernier est par ailleurs incité à vendre pour contribuer à la réalisation de l'objectif de cessions.

Les conditions dans lesquelles une négociation sur le prix pourrait intervenir devraient également être précisément définies. Il en va de même en ce qui concerne les conditions de validité des offres et l'organisation d'un éventuel second appel d'offres. Les possibilités d'annulation d'une offre après l'ouverture des plis devraient être prohibées ou au moins strictement limitées. L'adoption de textes définissant les règles applicables aux cessions immobilières conditionne de surcroît la possibilité pour la Cour de saisir la Cour de discipline budgétaire et financière pour qu'elle sanctionne les irrégularités auxquelles leur mise en œuvre aurait pu donner lieu, ce qu'elle ne peut faire à l'heure actuelle. Au-delà du renforcement des procédures, la Cour souligne la nécessité de donner à la commission pour la transparence et la qualité des cessions immobilières de l'État une information complète en temps réel et en amont des procédures afin de permettre à celle-ci de mieux programmer ses travaux et d'entreprendre, pour les ventes les plus importantes, en particulier de gré à gré, des vérifications sur pièces et sur place avant la signature de l'acte.

2.2. Une transparence financière à mieux garantir

Les mouvements financiers par lesquels des investisseurs se portent acquéreurs de biens immobiliers de l'État ne sont pas toujours aisés à suivre, les acquéreurs se substituant parfois des sociétés non résidentes au moment de la signature de l'acte. Dans ce contexte, des garanties de transparence plus fortes doivent être recherchées.

2.2.1. Des circuits financiers complexes

La Cour a effectué ce constat dans six opérations sur les vingt qu'elle a examinées, les sociétés non résidentes étant situées aux États-Unis, au Moyen-Orient, en Australie, au Luxembourg ou au Danemark. Des clauses introduites dans les promesses de vente autorisaient ces substitutions. Les acquéreurs sont immatriculés au Luxembourg pour deux des sept ventes de plus de 30 M€. Pour deux autres ventes, les acheteurs représentent des intérêts financiers en provenance des Îles Vierges britanniques. Dans un cas, il s'agit d'une société immatriculée dans ces îles qui a été substituée, lors de la signature de l'acte, à la personne physique qui avait signé la promesse de vente en offrant, dans une procédure de gré à gré, consécutive à un appel d'offre infructueux, un prix supérieur de près de 20 M€ à celui que l'État pouvait escompter dans le cadre d'un appel à candidatures. Dans l'autre cas, il s'agit d'une société de droit français détenue à 100 % par des sociétés immatriculées dans les Îles Vierges britanniques. Pour cette vente, réalisée après appel d'offres, l'offre de l'acquéreur était près de deux fois et demie supérieure à celle classée seconde.

Compte tenu de l'importance des opérations en cause, le recours à de tels investisseurs a tout particulièrement contribué à la réalisation de l'objectif annuel de cessions. La question de l'origine des fonds et des investisseurs qui acquièrent des biens immobiliers vendus par l'État constitue un des éléments importants de la transparence des opérations immobilières de l'État. Les rapports 2006 et 2007 de la commission pour la transparence et la qualité des cessions immobilières de l'État soulignaient l'intérêt d'un dispositif de surveillance en cas d'acquisition par des étrangers non résidents. Sur le plan des principes, il serait choquant que l'État ne prenne pas, pour des raisons d'ordre budgétaire, toutes les mesures lui permettant de s'assurer de la transparence financière des cessions immobilières. L'État ne saurait fermer les yeux sur des conditions de financement ou sur des montages financiers complexes afin d'encaisser le niveau de recettes attendu.

2.2.2. Des risques dont il faut mieux se prémunir

France Domaine a la possibilité de transmettre, comme tout service de l'État, des informations à

TRACFIN, service à compétence nationale spécialisé dans la lutte contre les circuits financiers clandestins. Rattaché au ministre en charge de l'économie et au ministre en charge du budget, ce service a notamment pour mission de recevoir et de traiter les informations relatives à des mouvements financiers susceptibles de correspondre à de tels circuits. Aucun texte n'oblige toutefois France Domaine à transmettre des informations dans certaines hypothèses. Si l'administration fait état d'échanges d'informations avec TRACFIN, afin de s'assurer de l'origine des fonds pour les opérations d'importance significative, elle n'a pas été en mesure de communiquer des traces écrites attestant les précautions prises et les résultats des vérifications opérées. Ce service n'a été informé par écrit par le service des Domaines que dans un seul cas. Les exemples relevés par la Cour mettent en évidence la nécessité de renforcer le dispositif de surveillance de la transparence financière des opérations. La Cour estime notamment nécessaire que TRACFIN soit saisi systématiquement par écrit par France Domaine lorsque des écarts importants sont constatés entre les offres reçues et l'estimation des domaines afin que ce service puisse éventuellement former opposition, comme il en a le pouvoir, sur le fondement de l'article L. 562-5 du code monétaire et financier¹⁰⁷. Elle estime en outre indispensable que les résultats des enquêtes administratives éventuellement conduites soient transmis à la commission pour la transparence et la qualité des cessions immobilières afin qu'elle puisse vérifier la mise en œuvre effective des mesures de précautions adoptées par l'administration. Enfin, l'introduction d'une clause de substitution dans les promesses de vente, certes usuelle en matière immobilière, devrait être encadrée afin d'éviter tout risque de suspicion sur l'origine des fonds destinés à acquérir des biens vendus par l'État.

2.3. Des clauses de sauvegarde à généraliser

Le contexte haussier du marché de l'immobilier de l'époque a favorisé la réalisation de plus-values significatives mais l'ampleur et la rapidité de certaines appellent l'attention.

2.3.1. Des plus-values réalisées dans des délais très brefs

Des recherches, sur un échantillon de 28 immeubles sur les 98 cessions supérieures à 2 M€ intervenues entre 2005 et 2007, ont été effectuées par la Cour auprès des conservations des hypothèques. Parmi ces 28 immeubles, 10 cessions représentant 84,2 M€ de produits ont permis aux acquéreurs de réaliser des plus-values substantielles dans des délais de quelques mois, pour un total de près de 42 M€, soit

¹⁰⁷ TRACFIN dispose d'un délai maximal de 12 heures à compter de la réception d'une déclaration de soupçon pour former opposition à une opération.

globalement moitié plus que le produit obtenu par l'État. La plus élevée, qui concerne un immeuble ayant fait l'objet, après rachat concomitant des lots appartenant à un autre vendeur, d'une opération de restructuration et d'une vente en l'état futur d'achèvement, a permis à l'acquéreur de réaliser une plus-value globale hors frais de restructuration de 52 786 242 €, soit 106%¹⁰⁸. Compte tenu de la part des lots de l'État dans le total des acquisitions, la plus-value sur ces derniers, réalisée dans un délai de 16 mois, peut être estimée à plus de 18 M€. Un acquéreur a réalisé une plus-value de 34 % (soit 781 000 €) dans les 15 jours qui ont suivi l'achat. Les autres plus-values varient de 19 à 30 % du prix d'acquisition, voire 52 % dans un cas, dans un délai d'environ 18 mois.

2.3.2. Des clauses de sauvegarde à systématiser

A compter de 2008, notamment à la suite des critiques de la Cour sur les conditions de vente de son siège par l'Imprimerie nationale, l'administration a introduit une clause d'intéressement dans les actes de vente de certaines opérations, notamment parisiennes. Une telle clause permet à l'État de bénéficier, en cas de revente dans les deux ans, d'une partie de la plus-value réalisée. Elle devrait être systématique. »

Source : Rapport public annuel de la Cour des comptes, *Les cessions de biens immobiliers de prestige par France Domaine*, La documentation française, 2009

b. L'avis simple obligatoire ou facultatif de France Domaine sur les cessions immobilières locales

1. Le champ d'application

L'avis simple, obligatoire ou facultatif, de France Domaine sur les cessions immobilières du domaine privé des collectivités territoriales a un champ d'application large.

« Sont soumis à l'avis préalable du service des domaines les cessions d'immeubles et de droits réels immobiliers suivantes : les ventes de gré à gré, à terme, d'immeubles à construire, les locations ventes, les adjudications volontaires, les ventes volontaires aux enchères publiques, les cessions de droits indivis d'immeubles ou partie d'immeubles, les promesses de vente valant vente dès la levée de l'option, les échanges, les apports en société d'immeubles ou de droits réels immobiliers, les baux à construction, les baux à réhabilitation, les baux emphytéotiques administratifs consentis sur le domaine public.

Pour l'ensemble des collectivités et établissements publics, et s'agissant des communes, celles

comptant plus de 2000 habitants, l'avis doit être recueilli quelle que soit la valeur du bien ou du loyer.

La consultation des domaines trouve à s'appliquer même si les immeubles dont la cession est envisagée sont d'un faible coût (*Tribunal administratif d'Amiens, 18 septembre 2007, n° 0500855, Bawel*).

A contrario, les communes de moins de 2000 habitants n'ont pas à décider de la cession d'immeuble par délibération motivée. Elles n'en doivent toutefois pas moins délibérer et ont la faculté de consulter le service des domaines, sans qu'il s'agisse d'une obligation.

L'opération d'échange (article L.3211-23 du CGPPP) est un cas particulier qui s'analyse juridiquement à la fois comme l'acquisition du bien fourni par le coéchangiste et l'aliénation du bien cédé en contrepartie. Il conviendra donc pour la collectivité territoriale ou l'établissement public de respecter à la fois les dispositions relatives aux acquisitions amiables et celles applicables aux ventes. Par exemple, une commune décide d'échanger avec un particulier une parcelle de terre agricole. La valeur de la parcelle reçue en échange étant inférieure à 75 000 €, il n'y a pas lieu de consulter le service des domaines. Toutefois, la commune devra procéder à cette consultation si elle connaît une population supérieure à 2000 habitants, seuil à partir duquel la consultation des domaines devient obligatoire en matière de vente. »

Source : Circulaire du 11 mars 2009 relative aux opérations immobilières du domaine privé des collectivités territoriales

2. Les textes juridiques

Les cessions immobilières du domaine privé des collectivités territoriales sont régies par les articles suivants :

- **Article L. 3221-1, CGPPP** : L'avis de l'autorité compétente de l'État sur les projets de cessions d'immeubles ou de droits réels immobiliers poursuivis par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics est donné dans les conditions fixées aux articles L. 2241-1, L. 3213-2, L. 4221-4, L. 5211-37 et L. 5722-3 du code général des collectivités territoriales ;

- **Article L. 2241-1, CGCT** : Le conseil municipal délibère sur la gestion des biens et les opérations immobilières effectuées par la commune, sous réserve, s'il s'agit de biens appartenant à une section de commune, des dispositions des articles L. 2411-1 à L. 2411-19.

Le bilan des acquisitions et cessions opérées sur le territoire d'une commune de plus de 2 000 habitants par celle-ci, ou par une personne publique ou privée agissant dans le cadre d'une convention avec cette

¹⁰⁸ Les lots de l'État représentaient 35 % du montant total des lots achetés.

commune, donne lieu chaque année à une délibération du conseil municipal. Ce bilan est annexé au compte administratif de la commune.

Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une commune de plus de 2 000 habitants donne lieu à délibération motivée du conseil municipal portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil municipal délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'État. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité ;

- **Article L. 3213-2, CGCT** : Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par un département donne lieu à délibération motivée du conseil général portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil général délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'État. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité.

Le bilan des acquisitions et cessions opérées sur le territoire d'un département par celui-ci ou par une personne publique ou privée agissant dans le cadre d'une convention avec ce département donne lieu chaque année à une délibération du conseil général. Ce bilan est annexé au compte administratif du département ;

- **Article L. 4221-4, CGCT** : Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une région donne lieu à délibération motivée du conseil régional portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil régional délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'État. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité.

Les acquisitions et cessions opérées par une région ou par une personne publique ou privée agissant dans le cadre d'une convention avec cette région donnent lieu chaque année à un état de variation du patrimoine, annexé au compte administratif de la région ;

- **Article L. 5211-37, CGCT** : Le bilan des acquisitions et cessions opérées par les établissements publics de coopération intercommunale est soumis chaque année à délibération de l'organe délibérant. Ce bilan est annexé au compte administratif de l'établissement concerné.

Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers envisagée par un établissement public de coopération intercommunale donne lieu à délibération motivée de l'organe délibérant portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. La délibération est prise au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'État. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité. Lorsque cette opération est envisagée dans le cadre d'une

convention avec une commune, copie de cette délibération est transmise à la commune concernée dans les deux mois suivant son adoption ;

- **Article L. 5722-3, CGCT** : Le bilan des acquisitions et cessions opérées par les syndicats mixtes est soumis chaque année à délibération de l'organe délibérant. Ce bilan est annexé au compte administratif de l'établissement concerné.

Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers envisagée par un syndicat mixte donne lieu à délibération motivée de l'organe délibérant portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. La délibération est prise au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'État. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité. Lorsque cette opération est envisagée dans le cadre d'une convention avec une commune, copie de cette délibération est transmise à la commune concernée dans les deux mois suivant son adoption.

3. Les modalités de saisine et les caractéristiques de l'avis du service des domaines

Les modalités de saisine et caractéristiques de l'avis du service des domaines sur les cessions immobilières du domaine privé des collectivités territoriales sont empreintes d'un formalisme juridique important.

« Pour permettre au service des domaines de se prononcer sur l'opération immobilière, il convient de lui fournir par courrier, dans toute la mesure du possible, les renseignements suivants :

- la nature, le but, les motifs et délais de réalisation de l'opération envisagée ;
- la situation du bien au regard des règles d'urbanisme (PLU, terrain constructible ou non ...) ;
- la situation juridique du bien (situation locative en précisant la nature du bail ou du titre d'occupation, sa date, son terme et le montant des loyers) ;
- les prétentions des propriétaires ou des acquéreurs si elles sont connues, la situation locative et le nom des éventuels occupants ;
- l'utilisation éventuelle par la commune de son droit de préemption urbain ;
- la mention que l'expropriation est le cas échéant envisagée avec la date de la déclaration d'utilité publique ou de l'ouverture de l'enquête préalable ;
- l'indication des jours de permanence de la collectivité ou de l'établissement et coordonnées de la personne la ou le représentant pour la visite des lieux.

Cette demande doit en outre comporter, notamment, et selon la nature de la demande :

- les noms et adresses des propriétaires ou de leurs mandataires (il est recommandé de joindre un extrait de la matrice cadastrale) ;

- l'identification précise (références cadastrales, lieu de situation du bien, rue, numéro, étage) et la description sommaire des biens à évaluer (superficie réelle des terrains, constructions ou appartements, consistance des locaux) ;
- le plan de situation (qui peut être un extrait du plan cadastral), avec indication de la surface d'emprise et des équipements.

Le service des domaines se prononce sur les conditions financières de l'opération et non sur l'opportunité de l'acquisition ou de la cession.

En tout état de cause, les services locaux doivent délibérer sur les décisions relatives aux opérations précitées au vu de l'avis du service des domaines, celui-ci étant réputé donné un mois après la saisine de cette autorité (articles L.1311-12 et L.5211-37 du CGCT). Cet avis est donné à partir d'un dossier complet. Lorsque le dossier est incomplet, le point de départ de ce délai d'un mois est constitué par la date de réception des documents ou renseignements manquants.

On remarque qu'après délibération, au vu de l'avis du service des domaines, l'exécutif des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements, est chargé d'appliquer la décision permettant l'acquisition ou la cession du bien immobilier. Il arrive que l'acte d'acquisition ou de cession soit réalisé quelques mois après la réception de l'avis des domaines et l'adoption de la délibération par l'assemblée délibérante. Une pratique administrative limite parfois la durée de validité de l'avis à un an. Cette pratique ne repose néanmoins sur aucun texte et un nouvel avis ne devrait être requis qu'en cas de changement de circonstances de droit ou de fait concernant les conditions financières de l'opération envisagée (telle l'évolution du marché immobilier, ou la dépréciation du bien suite à un événement particulier...).

Source : Circulaire du 11 mars 2009 relative aux opérations immobilières du domaine privé des collectivités territoriales

4. Le contrôle du respect de l'avis du service des domaines (service du contrôle de légalité)

Le service du contrôle de légalité du service des domaines assure le respect de l'avis de France Domaine sur les cessions immobilières du domaine privé des collectivités territoriales.

« L'obtention de l'avis du service des domaines, qui doit être expressément visé dans les délibérations est obligatoire et constitue une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité ces décisions (*Conseil d'État, 22 novembre 1995, commune de Ville-La Grand*).

Aussi, s'il est procédé à l'aliénation d'un bien en retenant un prix différent de celui évalué par le

service des domaines, les services chargés du contrôle de légalité vérifient que le montant de la transaction arrêté n'est pas disproportionné au regard de la valeur vénale du bien. En effet, le montant du bien doit être déterminé en fonction, d'une part, de sa valeur foncière, et, d'autre part, de l'intérêt public local que revêt son acquisition ou sa cession pour votre collectivité ou établissement.

En matière de cession immobilière, le CGCT (art. L.2241-1, L.3213-2, L.5211-37) dispose que « toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers (...) donne lieu à délibération motivée (...) portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil municipal délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'État. »

Donc, si un prix différent de la valeur déterminée par le service des domaines est retenu par la collectivité, celle-ci doit impérativement détailler les raisons de son choix dans la délibération correspondante.

Les cessions immobilières au profit de personnes privées :

Bien que l'organe délibérant soit en principe libre de vendre le bien suivant la procédure de son choix, il doit toutefois veiller, lorsque la cession intervient au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé, à ce que le prix corresponde à la valeur du bien (*Conseil constitutionnel, décision n° 86-207, 25-26 juin 1986, Privatisations*).

Le juge administratif sanctionne en la matière l'erreur manifeste d'appréciation, dans le sens où il s'attachera essentiellement à vérifier que le prix fixé n'est pas trop bas (*Conseil d'État, 8 février 1999, Ville de Lourdes, n° 168043*), ou bien à l'inverse, trop élevé. Or, toute cession d'un élément de patrimoine public local à une entreprise à un prix inférieur à la valeur estimée par le service des domaines, est identifiée à l'article L.1511-3 du CGCT comme une aide économique qui est légale sous conditions. Le rabais sur le prix de vente ou sur la location de biens immobiliers est clairement identifié à l'article L.1511-3 du CGCT comme une aide économique. Pour que la cession du bien par la personne publique à un prix inférieur aux conditions du marché soit légale, elle doit respecter les conditions fixées aux articles R.1511-4 à R.1511-23-1 du CGCT issus du décret n° 2007-1282 du 28 août 2007 qui précisent le régime d'octroi des aides à l'investissement immobilier et à la location d'immeubles accordées aux entreprises, et notamment les règles de plafond et de zonage.

Le juge administratif a ainsi censuré la vente d'un bien communal consentie à un prix 30 % inférieur l'évaluation du service des domaines, au motif que le conseil municipal avait consenti au candidat acquéreur retenu un avantage injustifié (*Cour*

administrative d'appel de Nantes, 6 juin 2006, Soc. Parmentier SA contre commune de Courtenay, n°05NT00850).

Si la collectivité ou l'établissement passe outre l'avis du service des domaines, il devra justifier dans sa délibération l'écart de prix, et respecter les conditions fixées par les dispositions précitées du CGCT relatives aux aides à l'immobilier d'entreprise.

Enfin, s'il est décidé de vendre un bien immobilier au profit d'un particulier à un prix inférieur à la valeur estimée par le service du domaine, les services s'attacheront à contrôler que cette opération est justifiée par des motifs d'intérêt général.

La jurisprudence a par exemple précisé qu'une commune pouvait vendre légalement un bien de son domaine privé, à un prix inférieur à sa valeur vénale, dans le but de favoriser l'accession à la propriété des locataires (cf. *Cour administrative d'appel de Nantes, 30 juin 2000, Préfet de Vendée, n°96NT01299 et 00NT00040*).

Les cessions immobilières au profit de personnes publiques :

La jurisprudence actuelle semble admettre la possibilité de céder des biens à un prix inférieur à la valeur estimée par France Domaine, lorsque cette cession est justifiée par des motifs d'intérêt général. Le juge administratif considère que le prix de vente de parcelles entre deux communes peut être réduit dès lors qu'un intérêt communal s'attache à la cession (*Cour administrative d'appel de Bordeaux, 24 février 2005, Commune de Saint-Lary-Soulan, n°00BX01192*).

Il convient de noter que les opérations relatives aux biens mobiliers relevant de votre domaine privé (acquisition ou cession de véhicules, de matériels bureautique, informatique...) ne nécessitent pas une consultation préalable du service des domaines, l'organe délibérant en fixant librement le prix de cession ou d'acquisition. »

Source : Circulaire du 11 mars 2009 relative aux opérations immobilières du domaine privé des collectivités territoriales

c. L'avis de France Domaine sur les autres opérations immobilières de valorisation

France Domaine doit se prononcer sur les opérations immobilières de valorisation autres que les cessions immobilières du domaine privé des collectivités territoriales, ce qui accroît incontestablement son champ d'intervention.

« Les opérations immobilières soumises à l'avis du service des domaines quelle que soit la taille de la collectivité (articles L.1311-9 à L.1311-12 du CGCT, et articles L.1211-1 et L.4111-1 du CGPPP) :

1. Les acquisitions à l'amiable et opérations immobilières assimilées

1.1. Les acquisitions à l'amiable (par voie d'achat ou d'échange) d'immeubles, de droits réels immobiliers (telles que les servitudes), de fonds de commerce, et de droits sociaux doivent être précédées de l'avis du service des domaines, dès lors que ces opérations portent sur des biens dont la valeur est égale ou supérieure à 75 000 € HT¹⁰⁹, ainsi que les tranches d'acquisition d'un montant inférieur, mais faisant partie d'une opération d'ensemble d'un montant égal ou supérieur.

En application des dispositions combinées de l'article 23 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes de caractère économique et financier, et des articles 3 à 5 du décret n° 86-455 du 14 mars 1986 fixant les conditions de consultation du service des domaines, les sociétés d'économie mixte sont tenues de recueillir l'avis du service des domaines avant toute acquisition à l'amiable de droits immobiliers donnant vocation à l'attribution en pleine propriété d'immeubles d'une valeur totale égale ou supérieure à 75 000 €.

1.2. Les acquisitions par exercice du droit de préemption ou d'expropriation :

- Les projets d'acquisition à réaliser par exercice du droit de préemption doivent faire l'objet d'une consultation obligatoire du service des domaines si le prix figurant dans la déclaration d'aliéner est supérieur à 75 000 € dans les zones de droit de préemption urbain, dans les espaces naturels sensibles et dans les espaces naturels boisés, classés.

- Les acquisitions réalisées en zones d'aménagement différé (ZAD) sont soumises à la consultation obligatoire de France Domaine quelque soit le montant de l'opération.

- Les projets d'acquisition à réaliser sous déclaration d'utilité publique (DUP) et les accords amiables de la procédure d'expropriation sont soumis à la consultation du service des domaines quel que soit le montant de l'opération.

2. Les baux, accords amiables et conventions de prise en location d'immeubles

Les baux, accords amiables et conventions quelconques ayant pour objet la prise en location d'immeubles, sont soumis à l'avis du service des domaines.

¹⁰⁹ Somme fixée, en application du décret n° 86-455 du 14 mars 1986, par arrêté du ministre de l'économie, des finances et du budget du 5 septembre 1986, modifié par l'arrêté du 17 décembre 2001.

Ces dispositions sont applicables aux baux stricto sensu ainsi qu'à toutes les conventions de prise en location d'immeubles, quelle qu'en soit la forme, d'un loyer annuel, charges comprises, égal ou supérieur à 12 000 €.

Pour ces différentes opérations immobilières, la consultation du service des domaines est possible en dessous de ces limites. Elle revêt alors un caractère facultatif et officieux. »

Source : Circulaire du 11 mars 2009 relative aux opérations immobilières du domaine privé des collectivités territoriales

C. Les objectifs des cessions autres que la valorisation économique

a. Les cessions de terrains de l'État pour la réalisation de logements sociaux

Les cessions de terrains de l'État peuvent avoir un objectif autre que la valorisation économique comme la réalisation de logements sociaux.

« La loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion (Journal Officiel 27 Mars 2009) poursuit le processus d'élargissement des cas dans lesquels l'État peut céder des terrains, hors conditions de marché, pour la réalisation de logements sociaux.

Dans sa version d'origine, l'article L. 3211-7 du CGPPP prévoyait uniquement la possibilité pour l'État de céder des terrains de son domaine privé à un prix inférieur à leur valeur vénale, lorsqu'ils sont destinés à la réalisation de programmes de constructions comportant essentiellement des logements dont une partie au moins est réalisée en logement social (le « quota social » n'est pas précisément déterminé ; tout au plus une pondération de la décote du prix de vente des terrains est-elle prévue, en fonction de la part envisagée du logement social au sein du programme immobilier, art. R. 148-7 du code du domaine de l'État).

La loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (art.1-IV : Journal Officiel 16 Juillet 2006) avait procédé à un premier élargissement, en assimilant aux logements sociaux les structures d'hébergement temporaire ou d'urgence bénéficiant d'une aide de l'État, les aires permanentes d'accueil des gens du voyage ainsi que les logements locatifs sociaux bénéficiant d'une aide de l'État (dans les départements d'outre-mer).

L'article 52-V de la loi « Boutin » (dite « MOLLE ») prolonge le mouvement, en ajoutant à cette liste pour faire relativement bref - les logements neufs destinés à être affectés à l'habitation principale de personnes physiques, si celles-ci acquièrent le terrain de manière différée ou bénéficient d'un prêt

à remboursement différé ; ou encore, si elles sont titulaires de contrats de location-accession. L'article L. 3211-7 du CGPPP y gagne un nouvel alinéa, assimilant les logements individuels acquis en « pass-foncier » aux logements sociaux. Pourtant une telle évolution avait été refusée par le Sénat au cours de la discussion du projet de loi, quand s'était posée la question de savoir si les premiers pouvaient être comptés parmi les logements pris en compte dans le calcul du pourcentage de logements sociaux visé par l'article 55 de la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (Journal Officiel 14 Décembre 2000). »

Source : Philippe YOLKA, *Propriétés publiques : la chronique législative du printemps*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 28, 6 Juillet 2009, p.2166

b. Les cessions de terrains compris dans le domaine public maritime en Guadeloupe et en Martinique pour des objectifs urbanistiques

Les cessions de terrains compris dans le domaine public maritime en Guadeloupe et en Martinique peuvent avoir des objectifs urbanistiques.

« L'outre-mer constitue l'un des points faibles du CGPPP, qui n'a pas suffisamment synthétisé les règles applicables¹¹⁰.

Le droit en vigueur appellerait par conséquent une vigoureuse simplification ; en attendant, le défilé des textes se poursuit. Après le décret n° 2008-1180 du 14 novembre 2008 intéressant le droit domanial en Guyane¹¹¹, la loi du 12 mai 2009 (art. 121-I-8°) n'apporte en la matière que des modifications modestes¹¹².

Dernière en date, la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer (Journal Officiel 28 Mai 2009) fait en revanche évoluer de façon significative le régime des cessions de terrains compris dans le domaine public maritime en Guadeloupe et en Martinique. Il s'agit d'ouvrir à l'urbanisation certains terrains de la zone des cinquante pas géométriques, enclavés au sein d'espaces urbanisés et trop petits pour faire l'objet d'une opération d'aménagement social, en offrant la possibilité de les déclasser aux fins d'aliénation. Au nom de la densification et de la lutte contre le « mitage » du littoral, les principes domaniaux plient donc une nouvelle fois face à des objectifs urbanistiques.

¹¹⁰ Pour une présentation, L. Tesoka, Le CGPPP et les collectivités territoriales de l'Outre-mer, RLCT juill. 2008, p. 69.

¹¹¹ Journal Officiel 16 Novembre 2008. - V. aussi, concernant la poursuite des contraventions de grande voirie à St-Barthélémy et à St-Martin : Ord. n° 2009-536, 14 mai 2009, portant diverses dispositions d'adaptation du droit outre-mer : Journal Officiel 15 Mai 2009 : art. 16.

¹¹² Nouvel art. L. 5241-1 ; modification art. 5311-2 ; abrogation art. L. 5331-19.

Plus précisément, l'article 43 de ce texte (CGPPP, nouvel art. L. 5112-4-1) prévoit la possibilité de déclasser les terrains libres de toute occupation, situés dans les espaces urbains et les secteurs occupés par une urbanisation diffuse, pour les céder à titre onéreux à des personnes physiques ou morales (dès lors que les communes ou les organismes ayant pour objet la réalisation d'opérations d'habitat social, visés par l'article L. 5112-4, n'en ont pas demandé la cession dans un délai de six mois après mise en demeure) ; le prix de cession est alors fixé selon les règles habituellement applicables à l'aliénation des immeubles du domaine privé. Subsidiatement, l'article 44 de la loi complète l'article L. 5112-5 du CGPPP (en indiquant que la cession de tels terrains à une personne morale est soumise pour avis à la collectivité territoriale ou au groupement de collectivités territoriales concerné). Enfin son article 48 modifie l'article L. 5142-1 du même code (relatif aux concessions et cessions gratuites d'immeubles domaniaux à des collectivités territoriales et à l'établissement public d'aménagement de la Guyane). »

Source : Philippe YOLKA, *Propriétés publiques : la chronique législative du printemps*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 28, 6 Juillet 2009, p.2166

c. Les cessions gratuites de biens meubles de l'État et de ses établissements publics dans un but d'intérêt général

Les cessions gratuites de biens meubles de l'État et de ses établissements publics peuvent être conclues dans un but d'intérêt général.

Article L. 3212-2, CGPPP : Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article L. 3211-18, peuvent être réalisées gratuitement :

1° Les cessions de biens meubles dont la valeur n'excède pas des plafonds fixés par l'autorité désignée par décret en Conseil d'État à des États étrangers dans le cadre d'une action de coopération ;

2° Les cessions de biens meubles dont la valeur unitaire n'excède pas un plafond fixé comme il est dit au 1° à des associations relevant de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association visées au 1 b de l'article 238 bis du code général des impôts et dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance, notamment à la redistribution gratuite de biens meubles aux personnes les plus défavorisées. Ces associations ne peuvent procéder à la cession, à titre onéreux, des biens ainsi alloués à peine d'être exclues définitivement du bénéfice des présentes mesures ;

(...)

4° Les cessions de matériels et d'équipements destinés à l'enseignement et à la recherche scientifiques, lorsqu'ils ont été remis, dans le cadre d'une convention de coopération, à un organisme assurant des missions de même nature.

d. Les cessions gratuites de matériels informatiques obsolètes de l'État, des établissements publics nationaux, des collectivités et des établissements publics locaux à leurs personnels ou à divers organismes à caractère scolaire, universitaire, scientifique

Les matériels informatiques de l'État, des établissements publics nationaux, des collectivités et des établissements publics locaux peuvent être cédés gratuitement, s'ils sont devenus obsolètes, à leurs personnels ou à divers organismes à caractère scolaire, universitaire, scientifique.

« Des possibilités de cession préférentielle sont ouvertes par l'alinéa 3 de l'article L. 3212-2 du CGPPP, à propos des dons à divers organismes à caractère scolaire ou universitaire.

La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (art. L. 121-I) apporte deux nouvelles exceptions au principe d'incessibilité des biens publics en dessous de leur valeur de marché, s'agissant de l'informatique obsolète des administrations. Concernant l'État et les établissements publics nationaux, l'article L. 3212-2 est complété par un 5°, qui prévoit la possibilité d'une cession gratuite aux personnels des administrations concernées des matériels informatiques et des logiciels nécessaires à leur utilisation, dont les services de l'État ou de ses établissements publics n'ont plus l'emploi et dont la valeur unitaire n'excède pas un plafond fixé par décret.

Quant aux autres personnes publiques, l'article L. 3212-3 est complété par un alinéa aux termes duquel les collectivités et les établissements publics locaux peuvent également céder gratuitement à leurs personnels les matériels informatiques et les logiciels nécessaires à leur utilisation dont ils n'ont plus l'emploi, aux mêmes conditions que celles fixées pour l'État ou ses établissements publics¹¹³. »

Source : Philippe YOLKA, *Propriétés publiques : la chronique législative du printemps*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 28, 6 Juillet 2009, p.2166

D. Le contentieux des ventes immobilières de l'État

Le contentieux des ventes immobilières de l'État, sujet particulièrement délicat à traiter après la Révolution de 1789, a connu des prolongements contemporains.

¹¹³ V., annonçant cette dernière modification : Rép. min. n° 04324 : JO Sénat Q, 19 mars 2009, p. 703 ; JCP A 2009, act. 418.

« (...) a. **Le contentieux des domaines nationaux fut après la Révolution de 1789 un sujet parmi les plus délicats, qui engagea véritablement la paix civile.**

Considérés par Napoléon comme trop sensibles pour être abandonnés au juge ordinaire (le spectre d'une restitution menaçait les acquéreurs de biens nationalisés), les litiges furent confiés aux nouveaux conseils de préfecture. Modifiant l'ordre des compétences, le législateur n'avait pas changé ipso facto la nature des actes de cession. Parler de « contrats administratifs par détermination de la loi » tient donc de l'approximation.

Sur pareille base s'est développée, pour l'essentiel jusqu'aux années 1850, une jurisprudence importante, qui connaît encore de maigres prolongements (à travers l'examen des « droits fondés en titre »). Ce contentieux mériterait une analyse approfondie, car si les pères fondateurs de la science du droit administratif (par exemple Portiez-de-l'Oise, Cormenin ou Macarel) et les grands répertoires du XIX^e siècle en ont abondamment traité, les écrits postérieurs devaient aborder les ventes domaniales sous un angle essentiellement technique, avant que la doctrine ne déserte ces terres. Il faudrait dire une bonne fois la dette considérable de notre droit administratif (concernant les adjudications publiques, la théorie de l'acte, etc.) au riche contentieux des domaines nationaux.

À présent, le droit comparé épouse en quelque manière l'Histoire. Car la question de la spoliation et de la restitution aux anciens propriétaires se pose dans des conditions similaires devant les juridictions des États d'Europe orientale et devant la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant des biens confisqués voici plusieurs décennies par les anciennes dictatures communistes. Il y a là, pour l'amateur de correspondances, un jeu de miroirs du plus haut intérêt.

b. Quels sont, en France, les prolongements contemporains de ce contentieux ?

1. La loi de pluviôse fut largement interprétée (malgré diverses restrictions), la compétence du juge administratif à l'égard du contentieux de la vente des immeubles du domaine privé de l'État ayant été tirée d'un texte aux termes duquel « le conseil de préfecture prononcera... sur le contentieux des domaines nationaux ». Extension discutable, puisque l'attribution législative de compétence correspondait à un épisode historique auquel on ne saurait rattacher la vente d'immeubles publics n'ayant pas été nationalisés sous la Révolution.

Le temps faisant son œuvre et les litiges afférents aux domaines nationaux s'espaçant, ce contentieux devait presque s'assécher. Les dernières décennies

ont livré des arrêts clairsemés, d'un intérêt modeste et généralement vierges de commentaires.

L'actuelle multiplication des ventes pourrait toutefois changer la donne, d'autant que les enjeux économiques s'accroissent. La question de la qualification des contrats commence d'ailleurs à se poser, avec en arrière-plan les règles de mise en concurrence applicables. Il est significatif — même si l'on a du mal à suivre ce point de vue hardi — qu'une juridiction ait récemment admis, à propos de la cession de « bâtiments des mines » (déclassés par l'ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004, art. 2), la soumission de contrats de vente d'immeubles de l'État au code des marchés publics.

2. Etoffée dès le XIX^e siècle par voie jurisprudentielle, la compétence administrative l'a été voici peu par le droit écrit. Formellement abrogé, l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII fut en effet repris et même étendu, sur ce point précis, par le CGPPP. L'article L. 3231-1 en modernise la rédaction, mais surtout en élargit la portée, le juge administratif étant désormais compétent à l'égard des « litiges relatifs aux cessions des biens immobiliers de l'État » (et non plus seulement aux ventes). C'est dire que le contentieux est maintenant soustrait aux juridictions ordinaires, quelle que soit la technique utilisée pour réaliser le transfert de propriété. Ainsi celui des échanges, auparavant judiciaire, est-il à présent administratif.

De cette abrogation en trompe-l'œil, qui creuse davantage (au lieu de le combler) le fossé entre le contentieux des cessions immobilières de l'État et celui concernant les opérations des collectivités locales, se dégagent deux enseignements : d'une part, l'absence d'influence de la doctrine (les meilleurs auteurs critiquaient depuis longtemps le maintien d'une compétence administrative) ; d'autre part, la volonté du Conseil d'État d'étendre la main sur un contentieux qui pourrait gagner en importance, vu le développement des cessions.

Pour conclure, la politique immobilière de l'État incline vers l'allègement. D'aucuns y verront la face cachée des privatisations, voire une petite réplique de la vente des domaines nationaux. Il est vrai que l'attraction des milieux d'affaires pour les biens de l'administration n'a rien de gratuit : on s'intéresse aux propriétés publiques quand elles sont susceptibles de devenir privées (...).

Source : Philippe YOLKA, *Les ventes immobilières de l'État*, RDP 0701 n°4, 20 septembre 2009, p.1037

E. Le bilan des cessions immobilières de l'État de 2000 à 2009

Le bilan des cessions immobilières de l'État de 2000 à 2009 est **très positif**.

Depuis 2005, ce sont plus de 3 Md€ de ventes qui ont été réalisées. Cette politique a bénéficié au cours des années 2005-2007 d'un marché

immobilier très favorable, mais aussi de procédures plus efficaces, plus transparentes et plus rapides. Elle s'est poursuivie en 2008 et 2009, à un rythme moindre, car le Gouvernement n'a pas souhaité donner suite à certaines cessions lorsque les prix étaient trop bas. Le Gouvernement a donc profité des offres du marché, mais n'a jamais bradé. Ces

cessions immobilières contribuent également à accroître l'offre de logements et notamment de logements sociaux, dans le cadre du droit de priorité dont disposent les collectivités locales.

Le programme arrêté en 2008 avait pour objectif la réalisation de 70 000 logements durant la période 2008-2012. Fin 2009, un peu plus de 400 sites ont été cédés (sur un objectif de 770) et ont permis la mise en chantier d'un peu plus de 20 000 logements. « Les exercices 2008 et 2009 ont été deux années noires. Le ralentissement du marché a énormément freiné le nombre de transactions », selon France Domaine. Ainsi, la chute des ventes a fait fondre les recettes liées à ces cessions. Pour 2010, l'État s'est fixé un objectif ambitieux : 900 millions d'euros, en pensant qu'il y aurait notamment une reprise du marché immobilier.

Année	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Moyenne des cessions immobilières (en millions d'euros)	90.3	110	90	106.8	173	634	798	820	395	475

F. Le guide de la procédure de cession d'un bien immobilier de l'État par la circulaire du Premier ministre du 16 janvier 2009 n° 5362 SG relative à la politique immobilière de l'État

La circulaire du Premier ministre du 16 janvier 2009 n° 5362 SG relative à la politique immobilière de l'État a établi un guide synthétique de la procédure de cession d'un bien immobilier de l'État. Ce dernier est le suivant :

« Etape 1 : détermination du bien à céder par la direction générale des finances publiques (France Domaine), en liaison avec l'administration occupante, en cohérence avec le SPSI, lorsqu'il a été validé.

Etape 2 : travaux préalables à la purge du droit de priorité (direction générale des finances publiques, France Domaine, avec l'occupant).

Etape 3 : purge du droit de priorité (la direction générale des finances publiques, France Domaine).

Etape 4 : mise en état du bien à céder : établissement du cahier des charges, préparation de la « data-room » (la direction générale des finances publiques, France Domaine).

Etape 5 : dépouillement des offres, examen de leur recevabilité (la direction générale des finances publiques, France Domaine).

Etape 6 : acceptation de la meilleure offre par l'autorité compétente (ministre chargé du domaine ou son délégué).

Etape 7 : finalisation de l'acte (direction générale des finances publiques, France Domaine et notaire).

Dans la conduite des opérations de cession, il convient de rappeler deux principes majeurs de valorisation du patrimoine public.

Tout d'abord, la cession doit se faire dans les meilleures conditions patrimoniales, en veillant en particulier au respect de la valeur de marché. Le produit de cession ne saurait y être inférieur, sans décision expresse de l'autorité compétente (ministre chargé du domaine ou son délégué).

Ensuite et afin d'atteindre ce premier objectif, la mise en concurrence est la règle, pour toute cession. Des cessions de gré à gré ne doivent être pratiquées, y compris au profit de collectivités territoriales, que par exception, dûment motivée par le fait que la mise en concurrence ne permettrait pas d'atteindre la valorisation la plus intéressante.

La mise en œuvre de ces dispositions est réalisée dans des conditions spécifiques (et détaillées dans des instructions ad hoc et dans la circulaire aux préfets précitée), s'agissant des opérations de logement social, de logement étudiant et dans certaines cessions des emprises de Défense liées à la mise en œuvre de la réforme du stationnement des Forces armées, annoncée le 24 juillet 2008. »

Source : Circulaire du Premier ministre du 16 janvier 2009 n° 5362 SG relative à la politique immobilière de l'État

G. Le guide de la procédure de cession d'un bien immobilier de l'État par la circulaire du Premier ministre du 16 janvier 2009 n° 5362 SG relative à la politique immobilière de l'État

La circulaire du Premier ministre du 16 janvier 2009 n° 5362 SG relative à la politique immobilière de l'État a établi un guide synthétique de la procédure de cession d'un bien immobilier de l'État. Ce dernier est le suivant :

« Etape 1 : détermination du bien à céder par la direction générale des finances publiques (France Domaine), en liaison avec l'administration occupante, en cohérence avec le SPSI, lorsqu'il a été validé.

Etape 2 : travaux préalables à la purge du droit de priorité (direction générale des finances publiques, France Domaine, avec l'occupant).

Etape 3 : purge du droit de priorité (la direction générale des finances publiques, France Domaine).

Etape 4 : mise en état du bien à céder : établissement du cahier des charges, préparation de la « data-room » (la direction générale des finances publiques, France Domaine).

Etape 5 : dépouillement des offres, examen de leur recevabilité (la direction générale des finances publiques, France Domaine).

Etape 6 : acceptation de la meilleure offre par l'autorité compétente (ministre chargé du domaine ou son délégué).

Etape 7 : finalisation de l'acte (direction générale des finances publiques, France Domaine et notaire).

Dans la conduite des opérations de cession, il convient de rappeler deux principes majeurs de valorisation du patrimoine public.

Tout d'abord, la cession doit se faire dans les meilleures conditions patrimoniales, en veillant en particulier au respect de la valeur de marché. Le produit de cession ne saurait y être inférieur, sans décision expresse de l'autorité compétente (ministre chargé du domaine ou son délégué).

Ensuite et afin d'atteindre ce premier objectif, la mise en concurrence est la règle, pour toute cession. Des cessions de gré à gré ne doivent être pratiquées, y compris au profit de collectivités territoriales, que par exception, dûment motivée par le fait que la mise en concurrence ne permettrait pas d'atteindre la valorisation la plus intéressante.

La mise en œuvre de ces dispositions est réalisée dans des conditions spécifiques (et détaillées dans des instructions ad hoc et dans la circulaire aux préfets précitée), s'agissant des opérations de logement social, de logement étudiant et dans certaines cessions des emprises de Défense liées à la mise en œuvre de la réforme du stationnement des Forces armées, annoncée le 24 juillet 2008. »

Source : Circulaire du Premier ministre du 16 janvier 2009 n° 5362 SG relative à la politique immobilière de l'État

H. La relance des cessions immobilières de l'État suite au plan pluriannuel prévisionnel de cessions 2010-2013

a. Le contenu du plan

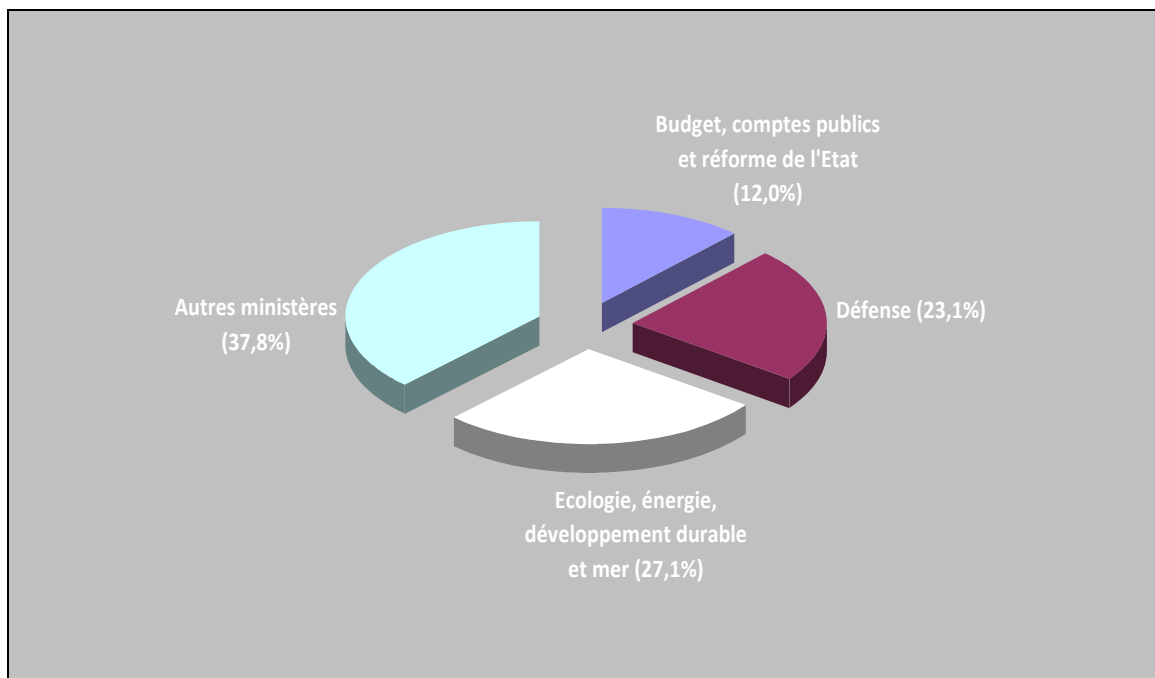
Depuis la présentation par le ministre du budget, le 9 juin 2010, du plan pluriannuel prévisionnel de cessions des biens de l'État, les opérations de cessions se sont accélérées. Le contexte du marché immobilier favorise la reprise de ce mouvement de ventes, après plusieurs années marquées par le ralentissement du marché et donc certains reports de ventes de l'État, dans le souci de ne pas brader le patrimoine des français. Un **programme de cessions de 1700 biens immobiliers de l'État, dans toute la France, est en cours** de mise en œuvre d'ici à 2013. Ces ventes résultent des importantes réformes administratives menées par le Gouvernement depuis 2007, telles que les restructurations militaires, la nouvelle carte judiciaire ou la création de la direction générale des finances publiques.

Pour l'année 2011, l'objectif de cessions s'établit à 400 millions d'euros. Il sera confirmé dans la loi de finances pour 2011 (loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010).

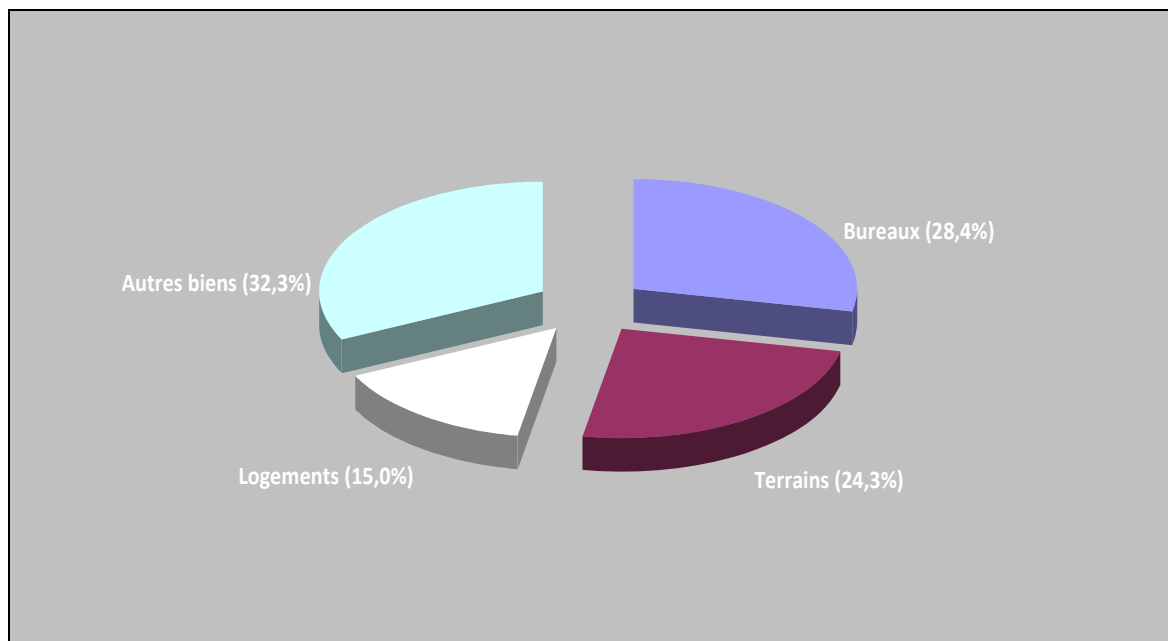
A travers le compte d'affectation spéciale (CAS), une partie du produit des cessions est utilisée au désendettement de l'État. Cette part va croître, dans des conditions qui ont été ultérieurement déterminées par l'article 61 de la loi de finances pour 2011. Une autre partie du produit des cessions vise à financer les projets immobiliers majeurs de l'État, à commencer par le relogement (dans des conditions plus performantes) des services qui occupaient précédemment les bâtiments cédés, mais aussi le soutien aux projets que les ministères n'ont pas ponctuellement ou durablement les moyens de financer, alors qu'ils sont cohérents avec la modernisation immobilière et patrimoniale de l'État.

b. La répartition des cessions adoptée par le plan

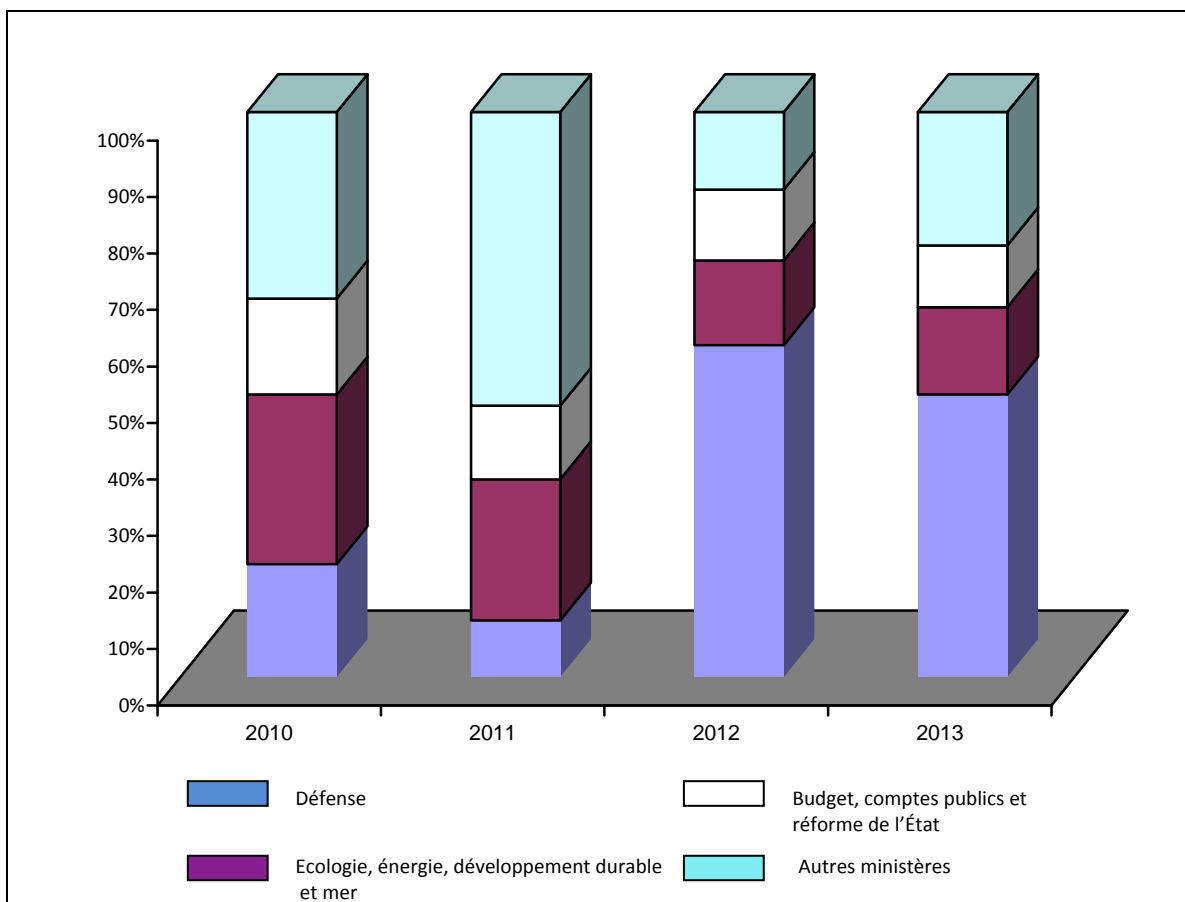
1. Répartition par ministère occupant (en nombre de biens)



2. Répartition par nature de biens (en nombre de biens)



3. Répartition par ministère occupant et par année



I. L'apport de la loi de finances pour 2011 n° 2010-1657 du 29 décembre 2010

La loi de finances pour 2011 (loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010) comporte deux articles ayant trait à la politique de cession immobilière de l'État :

I. L'article 61 répond à plusieurs objectifs :

a) il accroît la contribution des opérations de cession au désendettement de l'État. Cette contribution, qui s'établit aujourd'hui à 15%, verra son taux porté à 20% en 2012, 25% en 2013 et 30% en 2014.

b) il précise et accroît la liste des opérations de cession dispensées de cette contribution :

- jusqu'au 31 décembre 2014 :
- . pour les biens occupés par le ministère de la défense ;
- . pour les biens situés à l'étranger ;
- sans limitation de date :
- . pour les universités ayant demandé à bénéficier de la dévolution du patrimoine immobilier ;
- . pour les établissements qui réalisent des projets immobiliers sur le plateau de Saclay.

c) il indique que les produits de cession des biens occupés par la direction générale de l'aviation civile sont affectés au désendettement du budget annexe « contrôle et exploitation aériens ».

II. L'article 169 de la loi de finances pour 2011 précise les conditions dans lesquelles l'État peut procéder, dans les départements et territoires d'outre-mer, à l'aliénation de terrains de son domaine privé pour la réalisation de logements sociaux ou d'équipements collectifs, en appliquant une décote qui atteint 100% de la valeur du terrain.

J. L'adoption législative par le Sénat le 26 janvier 2011 d'un principe de précaution pour encadrer les cessions du patrimoine monumental de l'État aux collectivités territoriales

a. L'abandon du projet de vente du prestigieux hôtel de la Marine

Le ministère du budget avait lancé le 27 novembre 2010 un appel à projets en vue de l'occupation, la mise en valeur et l'exploitation de l'hôtel de la Marine. Le Gouvernement souhaitait conclure un bail de longue durée, de 60 à 80 ans, avec des groupes privés chargés de l'exploiter. Fin décembre 2010, le ministère du budget avait alors publié un appel à projets pour la reprise de l'hôtel de la Marine.

« Nicolas Sarkozy a stoppé [le mercredi 19 janvier 2011] le projet de vente du prestigieux hôtel de la Marine et a annoncé la mise en place, la semaine prochaine, d'une commission chargée de réfléchir à

son devenir, au moment où le Sénat débattait d'une proposition de loi sur le transfert du patrimoine de l'État.

Non, l'hôtel de la Marine ne sera pas vendu. La semaine dernière, à l'occasion de ses vœux au monde de la culture et de l'éducation, Nicolas Sarkozy a martelé qu'il n'était « pas question que l'État vende l'hôtel de la Marine, l'aliène, il n'en est pas question ». « L'appel d'offres qui a été ouvert, c'est pour savoir ce qu'on met dedans », a ajouté le chef de l'État. Puis, en réponse aux polémiques nées de l'éventualité que l'industriel Alexandre Allard ne travestisse ce patrimoine historique en une sorte de barnum culturel, le président de la République a annoncé la mise en place d'une « commission composée de gens indépendants pour voir quelle est la meilleure utilisation de l'hôtel de la Marine ». Et ce dès la semaine prochaine.

Hasard du calendrier ? C'est également cette semaine que [devait] être discutée la proposition de loi sénatoriale visant notamment à mieux encadrer la procédure de transfert des monuments de l'État, en vertu des lois de décentralisation, aux collectivités territoriales. Rédigée sur la base du rapport du 30 juin 2010 de la sénatrice UMP Françoise Férat, qui définit « un principe de précaution » applicable à tout transfert de propriété des monuments historiques, la loi encadre la vente des monuments en tenant compte de la dimension culturelle de l'immeuble classé ou inscrit. »

Source : Xavier SIDANER, *Un « principe de précaution » pour le patrimoine de l'État ?*, newsletter Acteurs Publics, n°178, 25 janvier 2011

« Conformément au souhait qu'a exprimé le Président de la Commission de la réflexion sur l'avenir de l'Hôtel de la Marine, l'État a décidé de mettre fin à la procédure d'appel à projets ». C'est donc à la demande de Valéry Giscard d'Estaing, qui préside cette instance, que cette décision logique a été prise.

La commission devrait rendre ses conclusions en juin. Rien de précis n'a pour l'instant filtré de ses travaux, même si l'on sait que plusieurs solutions ont été ou sont envisagées, parmi lesquelles l'installation d'un ministère, voire la séparation en deux parties du bâtiment, les pièces d'apparat restant utilisées par la République et visitables par le public, tandis que l'arrière serait loué. Si l'on peut envisager une utilisation de bureaux pour la partie la moins décorée de l'Hôtel (c'est d'ailleurs son affectation actuelle), le respect des orientations définies par l'étude patrimoniale de l'Architecte en chef des Monuments Historiques Etienne Poncelet est essentiel. Il ne faut pas perdre de vue que l'ensemble de l'édifice est classé et que même les parties les moins ornées n'en possèdent pas moins un intérêt historique et patrimonial. »

Source : Didier RYKNER, *Hôtel de la Marine : l'appel à projets abandonné*, La Tribune de l'Art, 5 mai 2011

b. La proposition de loi du Sénat du 27 octobre 2010 d'un principe de précaution pour encadrer les cessions des monuments historiques de l'État

Le Sénat a proposé une loi le 27 octobre 2010 visant à établir un principe de précaution pour encadrer les cessions des monuments historiques de l'État.

« La proposition de loi [n° 68, relative au patrimoine monumental de l'État] déposée par Jacques Legendre et Françoise Férat examinée en séance publique [et adoptée par le Sénat en 1ère lecture] le 26 janvier, propose :

- la création d'un Haut Conseil du patrimoine, composé notamment de parlementaires, de représentants des collectivités territoriales, mais aussi de personnalités qualifiées. Il analysera, avant toute vente par l'État de l'un de ses monuments, le caractère transférable et la dimension culturelle de l'immeuble classé ou inscrit.

Les prescriptions du Haut Conseil du patrimoine en matière culturelle (ouverture au public, diffusion de l'information) s'imposeront à tout propriétaire ou détenteur de droits réels, y compris dans le cadre de baux emphytéotiques administratifs ;

- une relance encadrée des transferts de monuments aux collectivités territoriales. De nombreuses conditions (convention entre les parties, intervention du Haut Conseil du patrimoine avant toute revente, information du principe de précaution applicable au patrimoine monumental.

La commission a adopté plusieurs amendements complétant le dispositif avec notamment, sur proposition de Ambroise Dupont, l'insertion de la notion de patrimoine mondial dans le code du patrimoine, ainsi qu'il l'avait proposé dans son dernier rapport pour avis sur le projet de loi de finances. Les documents d'urbanisme devront désormais tenir compte des exigences qui découlent de ce classement par l'UNESCO.

La commission considère l'adoption de ces dispositions législatives urgente pour la protection de notre patrimoine monumental. »

La proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative au patrimoine monumental de l'État, n° 3117, [a été] déposée le 27 janvier 2011 (mis en ligne le 7 février 2011 à 11 heures 50) et renvoyée à la commission des affaires culturelles et de l'éducation. »

Source : Communiqué du Sénat du 24 janvier 2011, *Monuments historiques de l'État : proposition par le Sénat d'un principe de précaution pour encadrer les cessions*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 5, 31 Janvier 2011, act

PARTIE 4. Les régimes juridiques diversifiés de la cession des propriétés des personnes publiques en droit comparé

En droit comparé, deux catégories de systèmes juridiques régissent les propriétés des personnes publiques :

- ceux dans lesquels existe la notion d'un domaine public soumis par essence à des règles spéciales, notamment, pour certains, aux principes d'insaisissabilité, d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité pour les cessions ;
- ceux dans lesquels il n'existe pas la notion d'un domaine public soumis par essence à des règles spéciales.

I. Les systèmes juridiques dans lesquels existe la notion d'un domaine public soumis par essence à des règles spéciales pour la cession

Les systèmes juridiques dans lesquels existe la notion d'un domaine public soumis par essence à des règles spéciales pour la cession sont notamment ceux de droit espagnol, de droit belge, de droit grec, de droit marocain et de droit québécois (du moins pour les biens des collectivités locales).

« La confirmation de ce que, dans tous les systèmes juridiques, les biens publics, ou en tous les cas un bon nombre d'entre eux, se voient soumettre à des règles spéciales, [notamment pour les cessions,] est d'abord apportée par les droits dans lesquels la notion d'un domaine public est admise.

A. En vérité, cette hypothèse semble recouvrir deux situations.

a. La première est celle dans laquelle les biens de l'administration se trouvent comme en droit français, divisés en biens du domaine public, soumis au droit public, et biens du domaine privé, soumis, en principe tout au moins, au droit commun. C'est ce que l'on trouve, notamment, dans le droit espagnol¹¹⁴, comme dans le droit belge¹¹⁵, dans le droit grec¹¹⁶, ou encore dans le droit marocain¹¹⁷.

¹¹⁴ V. SANCHEZ MORON Miguel et al., *Los bienes publicos. Regimen juridico*, Madrid, Tecnos, 1997 ; MORILLO VELARDE José Ignacio, *El dominio publico*, Madrid, Trivium, 1992 ; Ley del patrimonio de las administraciones du 3 novembre 2003.

¹¹⁵ V. SANCHEZ MORON Miguel et al., *Los bienes publicos. Regimen juridico*, Madrid, Tecnos, 1997 ; MORILLO VELARDE José Ignacio, *El dominio publico*, Madrid, Trivium, 1992 ; Ley del patrimonio de las administraciones du 3 novembre 2003.

¹¹⁶ V. FLOGAÏTIS Spyridon, *Les contrats administratifs*, Bibliothèque de droit public européen, London, Esperia Publications Ltd., 1998, p.216.

C'est ce que l'on trouve également dans le droit québécois, du moins en ce qui concerne les biens des collectivités locales¹¹⁸.

[S'agissant par exemple de l'Espagne, on constate que ce pays connaît comme la France la distinction « domaine public - domaine privé » et les principes de domanialité publique. Le régime de la domanialité en Espagne est très similaire à celui de la France. En effet, les biens appartenant aux personnes morales de droit public espagnoles se distinguent entre « bienes de dominio público » d'une part, et « bienes de dominio privado » d'autre part. Les premiers se distinguent en outre selon qu'ils sont affectés à « l'usage général » (bienes destinados al uso general), par exemple, les routes, les chemins, les places, les parcs et les squares publics, ou affectés à un « service public » (bienes destinados a un servicio público), par exemple, les bâtiments abritant les locaux de l'administration, les ordinateurs et les fichiers, les voitures officielles.

Pour les cessions des biens du domaine public, les principes d'« inaliénabilité », d'« imprescriptibilité » et d'« insaisissabilité » sont reconnus dans la Constitution nationale (art. 132, al. 1). Ils sont également présents dans la loi sur le patrimoine des administrations publiques (Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas), laquelle dispose : « les biens et droits du domaine public ou domaniaux sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables » (art. 30, al.1).

Avant d'être cédé, un bien du domaine public doit dès lors être préalablement déclassé (art. 30, al 2), selon la procédure prévue dans le règlement d'application (Real Decreto n° 1373/2009, art. 72). En outre, tout « bien ou droit patrimonial qui se trouve affecté à un service public ou à une activité publique », et notamment les parts sociales ou actions « des entreprises publiques en charge de l'exécution de politiques publiques ou de services d'intérêt économique général » sont insaisissables par les voies de droit commun (art. 30, al. 3).

Plus surprenante en revanche, est la possibilité qu'un bien du domaine public fasse l'objet d'une prescription acquisitive (usucapion) par des tiers, conformément aux dispositions du code civil ou de lois spécifiques (art. 30, al. 2, seconde phrase.)

¹¹⁷ V. ROUSSET Michel, BASRI Driss, BELHAJ Ahmed et GARAGNON Jean, *Droit administratif marocain*, Rabat, Imprimerie Royale, 1984, p.451.

¹¹⁸ V. L'HEUREUX Jacques, *Droit municipal québécois*, Montréal, Editions Wilson et Lafleur, Tome II, 1894, n° 639 et s. Le droit québécois, qui, comme on sait, est un droit mixte, empruntant à la fois à la tradition de common law et à la tradition romano-germanique, reconnaît également un statut particulier aux biens de la Couronne : v. GARANT Patrice, *Droit administratif*, Les Editions Yvon Blais Inc., vol.1, 3e éd., 1991, p.53.

b. Mais il existe aussi des systèmes dans lesquels le concept de domaine public s'inscrit dans une classification plus complexe des biens de l'administration. C'est ainsi, par exemple, que le droit helvétique classe les biens publics en trois catégories : le domaine public comprend ceux qui peuvent être utilisés par tout un chacun (routes, espaces naturels...), le patrimoine administratif comprend ceux qui sont affectés à la réalisation d'un intérêt public spécial, mais ne peuvent être utilisés par les administrés qu'au travers d'une activité administrative (hôpitaux, écoles, gares...), les autres biens (immeubles locatifs, forêts...) constituant le patrimoine financier.¹¹⁹

B. En principe, dans ces systèmes, les biens publics qui ne sont pas considérés comme appartenant au domaine public sont tenus pour régis par le droit commun. Et pourtant, on découvre que cette soumission au droit commun n'est jamais totale. Des législations spéciales, ou des principes de droit public non écrits, viennent très fréquemment interférer. »

Source : Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, Précis Dalloz Droit public, 5e édition, 2008, p.5-6

II. Les systèmes juridiques dans lesquels il n'existe pas la notion d'un domaine public soumis par essence à des règles spéciales pour la cession

Les systèmes juridiques dans lesquels il n'existe pas la notion d'un domaine public soumis par essence à des règles spéciales pour la cession sont notamment ceux de common law et de droit allemand.

« Dans un certain nombre de systèmes juridiques, on considère que l'activité immobilière de l'État et des autres personnes publiques, la « face immobilière » de l'administration peut-on dire, est soumise au droit commun.

A. Deux sortes de droits (...) sont concernés.

Il s'agit en premier lieu de ceux qui considèrent qu'en principe, de façon générale, l'administration est soumise au même droit que les particuliers : de façon caractéristique, dans les droits de common law, le droit des biens publics n'est nullement considéré comme spécifique, et le concept de domaine public n'est pas connu.

Il s'agit en second lieu de systèmes, qui, bien que reposant sur la distinction du droit public et du droit privé, et n'admettant pas la soumission de principe de l'administration au droit privé, vont cependant considérer que la réalité immobilière des personnes publiques et leurs activités immobilières, ne

diffèrent pas par nature de leur équivalent chez les particuliers, et n'ont donc pas en principe à être soumis au droit public. Telle est la position du droit allemand.

B. Cela dit, ces systèmes, eux aussi, confirment que les biens publics ne sont jamais complètement soumis au droit commun, car on y trouve toujours la trace de règles spéciales, notamment pour les cessions, s'appliquant tout au moins à certains biens publics, la trace d'un certain particularisme dû aux caractères fonctionnels ou symboliques particuliers de ces biens.

Par exemple, en droit anglais, le principe de soumission des biens publics au droit commun comporte une exception considérable, qui concerne les biens de la Couronne. Ces biens, qui constituent en réalité une grande part des biens de l'État, ne sont pas soumis au droit commun. En matière immobilière comme dans d'autres domaines, la Couronne n'est soumise à la législation ordinaire que lorsque les textes le précisent expressément. »

Source : Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, Précis Dalloz Droit public, 5e édition, 2008, p.5-6

Des règles spéciales, pour certains biens publics, existent également s'agissant du droit allemand.

« En droit allemand, une distinction s'apparente à celle de la France, entre « biens publics » (öffentliche Sachen) et biens du « patrimoine financier » de l'administration (Finanzvermögen), comme les terres et forêts domaniales. Mais il faut savoir que les « biens publics » (öffentliche Sachen) du droit allemand comprennent non seulement les biens appartenant à des personnes morales de droit public et affectés à une utilité publique, mais également les biens appartenant à des personnes privées dès lors qu'ils soient affectés à un but d'utilité publique - et qui en France seraient plutôt considérés comme des servitudes administratives.

La doctrine distingue également, d'une part, les « biens publics » affectés à l'usage direct du public (Sachen im Bürgergebrauch), comme les routes, les chemins, les places, les parcs et les squares publics, les rivages maritimes, les eaux publiques ; et d'autre part, ceux dont l'administration dispose pour l'accomplissement de ses tâches (Sachen im Verwaltungsgebrauch), par exemple, les bâtiments administratifs comme une mairie, les ordinateurs et les fichiers, les voitures officielles.

La théorie traditionnelle héritée du 19^{ème} siècle avait créé un régime mixte : les biens des collectivités publiques affectés à une utilité publique étaient régis à la fois par le droit public (règles de police administrative et règles applicables aux usagers), et par le droit privé (régime du droit des

¹¹⁹ V. MOOR Pierre, *Droit administratif*, Berne, Editions Staempfli et Cie SA Berne, vol.1, 1994, p.12.

biens du code civil notamment en matière d'aliénation et d'usufruit). Le régime de droit public s'appliquait quand l'administration agissait à l'égard du bien dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique (par exemple, réglementation et gestion de la circulation routière). Le régime de droit privé s'appliquait par contre, quand l'administration ou le propriétaire privé agissait dans l'exercice des droits de propriété (par exemple autorisant des tiers à faire un « usage particulier » (Sondernutzung) d'une route dans un but commercial).

Aujourd'hui les catégories et la théorie traditionnelles ont perdu beaucoup de leur importance face à la codification croissante des différents secteurs concernés. Ces codifications ont fait apparaître autant de régimes, notamment pour les cessions, spécifiques et éparpillés qui semblent échapper à tout effort de systématisation doctrinale. Le droit des biens publics traverse par conséquent une réelle crise, au point que les auteurs n'arrivent plus à identifier quelles sont les règles qui à défaut de textes spécifiques, auraient encore une valeur générale. »

Source : Hanna SCHRÖDER, Ulrich STELKENS, « Allemagne », in Rozen NOGUELLOU, Ulrich STELKENS (dirs.), *Droit comparé des Contrats Publics/ Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 307-338 ; Ulrich STELKENS, *Le régime des biens publics en droit allemand*, in « Chaire Mutations de l'Action Publique et du Droit Public », Institut d'études politiques de Paris, 15 mai 2009.

4- Bibliographie indicative

Articles de doctrine

- BLANC François, *L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 2009 n° 6, p. 1553.
- CHATEL Luc, Ministre de l'Éducation nationale, porte-parole du Gouvernement, *La politique immobilière de l'État*, série « clés-actu : l'actualité en questions-réponses », fiche n°194, disponible sur www.minefi.gouv.fr, 5 mai 2010.
- DELALOY Guillaume, *Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ?*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 2006.
- DELVOLLE Pierre, *Regard extérieur sur le code*, 09-10/2006, n° 5, Revue française de droit administratif, 2006, p. 899-904.
- DERUY Laurent, GAUDEMET Yves, MANDELKERN Dieudonné et autres, *Rapport du groupe de travail Valorisation des propriétés publiques, Droit public des biens*, Petites affiches, 23 juillet 2004 n° 147, p. 44.
- DE GAUDEMAR Hervé, *L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture*, Dossier « Le patrimoine des personnes publiques », LamyLine Droit et patrimoine, n° 179, 2009.
- ELnet Construction et urbanisme, *Etude : domaine public, Partie n°7 : Cession du domaine public*, n° 347 et s., Editions Législatives 2011.
- FOULQUIER Norbert, *Domanialité publique et Convention européenne des droits de l'homme : de nouvelles remises en cause*, Revue de droit de l'immobilier, 2008.
- GATÉ Juliette, *La Cour européenne des Droits de l'Homme et l'inaliénabilité du domaine public français*, Revue Lamy Collectivités territoriales, 2010/59, p.57-60.
- GAUDEMET Yves, *Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques*, Revue juridique de l'économie publique, août 2007, p.3.
- JANICOT Laetitia, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle (3e partie)*, Petites affiches, 19 mai 2010 n° 99, p. 6.
- LEONETTI Raphaël, *La cession des immeubles publics*, Actualité juridique droit administratif, 2010, p. 2463.
- PISANI Christian, BOSGIRAUD Catherine, *Premières réflexions de la pratique sur le code général des propriétés publiques*, Actualité juridique droit administratif, 2006, p. 1098.
- SCHRÖDER Hanna, STELKENS Ulrich, « Allemagne », in NOGUELLOU, Rozen, STELKENS, Ulrich (dirs.), *Droit comparé des Contrats Publics/ Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 307-338.
- SPITZ Pierre-Eric, *Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics : l'exemple de Paris*, Actualité juridique droit administratif, 2007, p. 954.
- STELKENS, Ulrich, *Le régime des biens publics en droit allemand*, in « Chaire Mutations de l'Action Publique et du Droit Public », Institut d'études politiques de Paris, 15 mai 2009.
- YOLKA Philippe, *Propriétés publiques : la chronique législative du printemps*, La semaine juridique administrations et collectivités territoriales n° 28, 6 Juillet 2009, p.2166.
- YOLKA Philippe, *Les ventes immobilières de l'État*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger 0701 n°4, 20 septembre 2009, p.1037.
- YOLKA Philippe, *Sur un Lazare contentieux : l'arrêt Commune de Fougerolles*, Actualité juridique droit administratif, 2010, p. 51.
- YOLKA Philippe, *L'inconstitutionnalité du transfert de propriété gratuit des immeubles de l'État mis à disposition de l'AFPA*, La semaine juridique administrations et collectivités territoriales n° 1, 3 Janvier 2011, p.2002.

Ouvrages

- AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline, *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, p.864 et s.
- AUBY Jean-Marie, BON Pierre, AUBY Jean-Bernard, TERNEYRE Philippe, *Droit administratif des biens*, Précis Dalloz droit public, 5^e édition, 2008.
- GAUDEMET Yves, *Droit administratif des biens*, Traité de droit administratif, Tome 2, 13^e édition, L.G.D.J, 2008.
- HUBRECHT Hubert-Gérald, *L'inaliénabilité, principe et avenir d'un principe de droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Dimitri Launoff : La Constitution et les valeurs, Dalloz, 2005.
- PEISER Gustave, *Droit administratif des biens*, Mémentos Dalloz, 20^e édition, 2010.
- TRAORE Seydou, *Droit des propriétés publiques*, Public droit, Editions Vuibert, janvier 2008.

Rapports publics

- Conseil des Ministres, *La modernisation des fonctions supports de l'État*, communiqué, disponible sur www.minefi.gouv.fr, 6 octobre 2010.
- Cour des comptes, *Les cessions de biens immobiliers de prestige par France Domaine*, Rapport public annuel de la Cour des comptes, La documentation française, 2009.
- DGFIP, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, *Le service France Domaine*, disponible sur www.minefi.gouv.fr, avril 2011.
- Institut de la Gestion déléguée, Fondations d'entreprise, Rapport du groupe de travail, *Valorisation des propriétés de personnes publiques*, 2008.
- Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, *Une nouvelle présidence pour le Conseil de l'immobilier de l'État*, disponible sur www.minefi.gouv.fr, 6 octobre 2010.

Communiqués

- BAROIN François, *Conférence de presse de François BAROIN sur le plan pluriannuel de cessions des biens immobiliers de l'État*, DGFIP, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, disponible sur www.minefi.gouv.fr, 9 juin 2010.
- Conseil des ministres, *La politique immobilière de l'État*, dossier de presse du projet de loi de finances pour 2011-Les grandes lignes, disponible sur www.minefi.gouv.fr, 25 septembre 2010.
- Sénat, communiqué du 24 janvier 2011, *Monuments historiques de l'État : proposition par le Sénat d'un principe de précaution pour encadrer les cessions*, La semaine juridique administrations et collectivités territoriales n° 5, 31 Janvier 2011, act.

Articles de presse

- RYKNER Didier, *Hôtel de la Marine : l'appel à projets abandonné*, La Tribune de l'Art, disponible sur www.latribunedelart.com, 5 mai 2011.
- SIDANER Xavier, *Un « principe de précaution » pour le patrimoine de l'État ?*, newsletter Acteurs Publics, n°178, disponible sur www.acteurspublics.com, 25 janvier 2011.

Sites internet institutionnels

- Assemblée nationale : www.assemblee-nationale.fr
- Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de : www.budget.gouv.fr
- Ministère de la défense : www.defense.gouv.fr
- Ministère des finances : www.minefi.gouv.fr
- Sénat : www.senat.fr

DIALOGUE CONCLUSIF CROISÉ

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* de l'université de Thessalonique, 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 puis président du Conseil national des universités de 1994 à 2003.

En 2004 il est nommé directeur de l'école doctorale de droit public Georges Vedel de l'université de Paris Panthéon Assas et est directeur du DEA puis master de droit public approfondi de 2000 à 2010.

Yves Gaudemet a été conseiller juridique au cabinet du ministre des universités, 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, 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.

Il est l'auteur de plusieurs ouvrages dont : Traité de droit administratif (LGDJ, 5 vol. 2002-2008) ; Manuel de droit administratif (2010) ; Les grands avis du conseil d'État (coll., 4ième éd.2008) ; les élections locales (1997).

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 connu un début de carrière classique 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 1er décembre 1999, il est d'abord rapporteur à la 7ème 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.

Ce document a été préparé par la section du rapport et des études du Conseil d'État avec la participation de Yacine Baïta, Daphné Brackman et Benjamin Brame, stagiaires à la SRE.