

**AJDA 2017 p.1606****Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPPP !**

**Christine Maugué, Conseiller d'Etat, présidente de chambre à la section du contentieux du Conseil d'Etat**

**Philippe Terneyre, Professeur à l'université de Pau et des Pays de l'Adour**

**L'essentiel**

L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques s'efforce, plus de dix ans après l'adoption de la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, de moderniser et de simplifier les règles applicables à la gestion du domaine public de toutes les personnes publiques, d'une part, en posant le principe que les AOT à objet économique doivent désormais être attribuées après l'organisation d'une procédure transparente et non discriminatoire et, d'autre part, en tentant d'assurer une meilleure fluidité et sécurité juridique de la circulation des biens publics.

**Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques (JO 20 avril, texte n° 8)**

L'ordonnance du 19 avril 2017 était attendue.

**Une réforme d'envergure...**

L'adoption, en 2006, de la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP ; ord. n° 2006-460 du 21 avr. 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques ratifiée par l'art. 138 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009) puis, à partir de 2011, de la partie réglementaire du code (décr. n° 2011-1612 du 22 nov. 2011 relatif à la partie réglementaire des 4 premiers livres et décr. n° 2014-930 du 19 août 2014 codifiant les règles des livres I<sup>er</sup> et II de la partie V ; la partie réglementaire de la partie V reste encore à achever) a été une oeuvre ambitieuse. Visant à rassembler, simplifier, moderniser et mettre en cohérence le droit domanial, elle a procédé à une réforme d'ensemble du droit des propriétés des personnes publiques.

Dix ans après, il apparaissait nécessaire de remettre de l'ordre au sein de l'édifice. En effet, la multiplication des modifications de ce droit lui a donné, au gré d'amendements parlementaires ou gouvernementaux, un caractère éclaté, incohérent et non respectueux de l'oeuvre codificatrice. En outre, la réforme en 2015/2016 du droit de la commande publique a très fermement condamné le recours aux contrats domaniaux (autorisation d'occupation temporaire - AOT, bail emphytéotique administratif - BEA...) pour satisfaire à des besoins publics et a recentré les contrats domaniaux sur un objet purement domanial.

Les services du ministère de l'économie ont mené, par ailleurs, une réflexion avec les principaux ministères gestionnaires de domaines, les associations d'élus, des représentants de grands opérateurs et des universitaires, sur les règles régissant la propriété des personnes publiques, leur possible évolution et l'équilibre qui pourrait être trouvé entre l'octroi de plus grandes marges de manoeuvres aux acteurs dans une perspective de valorisation du domaine et la nécessaire préservation et protection du domaine public. Il en est ressorti l'existence de certaines difficultés et de besoins exprimés par les personnes publiques, largement partagés par les acteurs du secteur (promoteurs, prêteurs et conseils impliqués dans des opérations immobilières). Enfin, la jurisprudence européenne la plus récente rendait inévitable de définir des règles procédurales préalablement à la délivrance des titres d'occupation. Le *statu quo* n'était donc plus possible.

C'est pourquoi le gouvernement a demandé au Parlement - et obtenu de lui (malgré l'opposition du Sénat) -, à l'article 34 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin II », un dispositif l'habilitant à prendre par ordonnance, dans un délai de douze mois, « toute mesure tendant à moderniser et simplifier », pour l'Etat et ses établissements publics mais aussi pour les collectivités locales (le cas échéant en les « adaptant » à celles-ci, ce que le gouvernement n'a pas fait), « 1° Les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable applicables à certaines autorisations d'occupation et de préciser l'étendue des droits et obligations des bénéficiaires de ces autorisations ; 2° Les règles régissant les transferts de propriété réalisés par les personnes publiques, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables aux opérations de cession et de faciliter et sécuriser leurs opérations immobilières ». En outre, et à la demande expresse du Conseil d'Etat - dont l'avis sur les projets de loi est désormais rendu public et communiqué au Parlement -, afin de mieux sécuriser un texte qui n'aurait que valeur réglementaire tant qu'il ne serait pas ratifié, les dispositions de l'ordonnance prises en application du 2° ci-dessus pouvaient « ouvrir aux autorités compétentes la possibilité de prendre des mesures, y compris rétroactives, tendant à la régularisation de leurs actes de disposition ».

Tel est l'objet de l'ordonnance du 19 avril 2017 ici commentée, dont le projet de loi de ratification a été déposé à l'Assemblée nationale le 12 juillet 2017.

La tentation de dispositions sectorielles n'étant jamais loin, le gouvernement avait également voulu introduire dans la loi Sapin II par amendement, à côté des dispositions générales d'habilitation en matière de domanialité et de commande publiques, des dispositions de portée très circonscrite qui ont été censurées par le Conseil constitutionnel (8 déc. 2016, n° 2016-741 DC, AJDA 2016. 2404) au motif qu'elles constituaient des cavaliers législatifs. Etaient en cause l'article 36 qui adaptait les règles de la domanialité publique afin de faciliter la réalisation d'un projet immobilier permettant l'installation de l'institut des sciences et industries du vivant et de l'environnement et de l'institut national de la recherche agronomique dans une même zone d'aménagement, et l'article 37 qui remettait en pleine propriété à la société Tunnel Euralpin Lyon Turin les terrains nécessaires à la réalisation de la ligne ferroviaire Lyon-Turin et lui conférait les prérogatives nécessaires en matière d'expropriation pour acquérir les

terrains au nom et pour le compte de l'Etat.

### ... mais une réforme inachevée

Si, comme on va le voir, l'ordonnance du 19 avril 2017 constitue un « bel effort » de modernisation et de rationalisation du droit domanial, le texte n'en demeure pas moins partiel. A la demande des collectivités territoriales et de leurs différents relais, d'une part, le gouvernement a renoncé, pour l'instant, à opérer une réforme globale des titres d'occupation du domaine public (comme cela a été fait pour les contrats de la commande publique) qui aurait consisté à créer seulement deux titres (les autorisations administratives et les baux administratifs) et à supprimer tous les titres existants (AOT ordinaires, AOT droits réels, BEA, BEA patrimoniaux, ...). D'autre part, comme on l'a déjà relaté dans ces colonnes (v. Ph. Terneyre et R. Noguellou, Ordonnances domaniales : encore un effort pour les cessions !, AJDA 2017. 1102), le gouvernement a également renoncé à soumettre les cessions immobilières de toutes les personnes publiques (notamment locales) à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Certes, le nouveau gouvernement dispose encore d'un certain temps pour réaliser ces deux réformes (jusqu'au 9 décembre 2017, et ce, quand bien même l'habilitation a été donnée au précédent gouvernement, v. CE, sect., 5 mai 2006, n° 282352, *Schmitt*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2006. 1362, chron. C. Landais et F. Lenica ; Just. & cass. 2007. 208, Conférence N. Morelli ; RFDA 2006. 678, concl. R. Keller ; *ibid.* 686, note C. Boyer-Mérentier). Mais, compte tenu des oppositions très fortes à ces réformes et des délais procéduraux incompressibles pour l'adoption d'une ordonnance, on peut avoir quelques inquiétudes sur le respect du délai précité, même si, lors de l'adoption de la loi de ratification par le « nouveau » Parlement, (presque) tout reste possible...

## I - Un nouveau régime pour les titres d'occupation du domaine public

### A. La délivrance par anticipation d'AOT sur le domaine privé

L'article 2 de l'ordonnance de 2017 complète l'article L. 2122-1 du CGPPP - qui exige un titre juridique pour occuper privativement le domaine public - par deux alinéas ainsi rédigés :

« Le titre mentionné à l'alinéa précédent peut être accordé pour occuper ou utiliser une dépendance du domaine privé d'une personne publique par anticipation à l'incorporation de cette dépendance dans le domaine public, lorsque l'occupation ou l'utilisation projetée le justifie.

Dans ce cas, le titre fixe le délai dans lequel l'incorporation doit se produire, lequel ne peut être supérieur à six mois, et précise le sort de l'autorisation ainsi accordée si l'incorporation ne s'est pas produite au terme de ce délai. »

Cette disposition vise à remédier à la situation dans laquelle, lorsqu'une collectivité publique envisage avec un partenaire extérieur une opération sur des biens privés (de son domaine privé ou à acquérir) et qui va conduire nécessairement à incorporer ceux-ci dans le domaine public, l'administration est obligée de « séquencer » juridiquement l'opération, en concluant d'abord un bail privé accordé au partenaire, puis en délivrant une autorisation domaniale. La nouvelle disposition permet d'appliquer par anticipation la domanialité publique et donc de délivrer le titre sur des biens acquis en vue de la réalisation d'ouvrage public ou d'aménagements indispensables, sans passer par une étape transitoire mettant en oeuvre le régime du domaine privé. Notons qu'il ne s'agit pas de recréer le régime de la « domanialité publique virtuelle », mais seulement de créer une « domanialité par anticipation », à l'initiative du gestionnaire et selon un acte formalisé.

Afin de sécuriser, et surtout de borner la durée de cette occupation par anticipation, le titre doit fixer la date de l'incorporation. Le délai maximal de six mois est calculé pour couvrir la période nécessaire à la délivrance d'éventuelles autorisations de construire. Il est, par ailleurs, impératif que le gestionnaire prévienne le sort du titre à l'expiration de ce délai : caducité, prorogation ou renouvellement automatique.

### B. Une procédure de sélection transparente préalable à l'attribution des AOT

C'est l'un des apports principaux de l'ordonnance (art. 3) : à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017, certaines AOT du domaine public ne pourront être consenties à leurs bénéficiaires qu'après que l'autorité domaniale aura organisé une procédure de sélection transparente et non discriminatoire à cet effet (CGPPP, nouv. art. L. 2122-1-1). De même que c'est une loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 - dite « loi Sapin I » -, qui a mis en place un véritable régime juridique des conventions de délégation de service public, notamment en les soumettant à des règles de publicité et de concurrence préalables, c'est de nouveau une loi relative à la transparence et à la lutte contre la corruption qui soumet une catégorie d'actes, les titres domaniaux délivrés en vue d'une exploitation économique, à une procédure de sélection préalable.

L'instauration de ce principe de transparence - contrairement à la solution dégagée par le Conseil d'Etat dans le célèbre arrêt de section *Ville de Paris et Association Paris Jean-Bouin* (3 déc. 2010, n° 338272, Lebon avec les concl. ; AJDA 2010. 2343 ; et 2011. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser ; RDI 2011. 162, obs. S. Braconnier et R. Noguellou ; AJCT 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus ; RTD eur. 2011. 496, obs. J.-P. Kovar ) mais voulue par la loi d'habilitation (« prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables applicables à certaines AOT ») - était inexorable depuis que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) avait rendu l'arrêt *Promoimpresa* (14 juill. 2016, aff. C-458/14, AJDA 2016. 2176, note R. Noguellou ; AJCT 2017. 109, obs. O. Didriche ; RTD com. 2017. 51, obs. F. Lombard ; Rev. UE 2017. 231, chron. L. Lévi et S. Rodrigues ; BJCP 2017, n° 110, p. 37, obs. Ph. Terneyre).

Selon la Cour de justice, en effet, les règles de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur - dite « directive Services » (celle du « plombier polonais »...) - sont susceptibles de s'appliquer aux conventions d'occupation privative du domaine d'une personne publique. D'une part, ces titres d'occupation - même conventionnels - peuvent être qualifiés « d'autorisations » au sens de la directive Services dès lors qu'ils constituent « des actes formels devant être obtenus par les prestataires auprès des autorités nationales afin de pouvoir exercer leur activité économique ». D'autre part, dès lors que le nombre de ces autorisations est limité en raison de la rareté des ressources naturelles disponibles, l'article 12 de la directive Services prévoit une procédure de sélection entre les candidats potentiels à l'attribution de l'autorisation. Et, dans ce cas, la procédure « doit répondre à toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment de publicité adéquate ».

Au demeurant, quand bien même les conditions de la directive Services ne seraient pas réunies, la CJUE rappelle que l'attribution d'une concession publique de services n'est jamais exempte du respect des règles fondamentales du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) lorsque celle-ci présente un intérêt transfrontalier certain.

Dans ce cas, l'attribution d'une telle concession doit respecter le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence.

## **1. Champ d'application du principe**

### **Champ matériel**

Conformément au champ d'application de la directive Services, le nouveau régime ne s'applique qu'aux « titres » permettant « à leur titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique ». Sont ainsi visés tant les titres juridiques à caractère unilatéral que ceux à caractère conventionnel.

Mais encore faut-il que ces titres soient sollicités en vue d'une « exploitation économique ». L'ordonnance ne soumet en effet à une procédure de sélection préalable que les titres permettant l'occupation ou l'utilisation du domaine en vue d'une exploitation économique, et non tous les titres. Le domaine public est appréhendé ici comme un moyen en vue de l'exercice d'une activité économique, et non comme objet en lui-même d'une exploitation économique.

Le critère employé par l'ordonnance est très large - davantage que celui de « l'intervention sur un marché concurrentiel ». La directive Services, au visa de laquelle l'ordonnance a été prise, confirme qu'il faut retenir une interprétation large : selon son article 4, il faut entendre par service « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité ». Et sont considérées comme des services au sens de l'article 50 du traité instituant la Communauté européenne - dont la disposition a été reprise par l'article 57 du TFUE - les « prestations fournies normalement contre rémunération dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Cela correspond à toute activité de production, de distribution et de services « sur » le domaine public ou liée à l'utilisation du domaine public lui-même, à l'exclusion des activités de puissance publique ou de sécurité sociale à caractère obligatoire. Il faut sans doute considérer que sont aussi exclues les activités à caractère culturel dès lors qu'elles sont non lucratives. La diversité des situations étant extrêmes, il faudra une approche au cas par cas pour déterminer si une activité est ou n'est pas une exploitation économique.

Par ailleurs, seules les AOT du « domaine public » sont concernées par la réforme, à l'exception des autorisations d'occupation du domaine privé des personnes publiques. Et ce, en dépit de ce qui est dit dans le rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance. Pourtant, comme l'a parfaitement démontré le professeur Noguellou dans sa note précitée sur l'affaire *Promoimpresa*, les dispositions de la directive Services ne font aucune différence entre domaine public et domaine privé. Et, dès lors qu'il y a rareté et/ou intérêt transfrontalier, l'occupation du domaine privé des collectivités publiques doit, elle-aussi, être considérée comme soumise au principe de transparence préalable (comme leurs cessions immobilières, d'ailleurs). Cependant, la loi Sapin n'habilitait le gouvernement à définir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable que pour l'occupation du domaine public, de sorte que le gouvernement aurait excédé sa compétence s'il avait étendu ces obligations à la délivrance de titres d'occupation du domaine privé. Rien ne fait cependant obstacle à ce que les autorités gestionnaires de dépendances immobilières décident spontanément d'appliquer de telles obligations préalablement à la délivrance de titres d'occupation sur le domaine privé, dès lors que celui-ci est occupé ou utilisé « en vue d'une exploitation économique ».

### **Champ organique**

Parce que le nouvel article L. 2122-1-1 du CGPPP confie à « l'autorité compétente » en charge de la délivrance du titre d'occupation le soin d'organiser la procédure de sélection, devraient logiquement être concernées par cette obligation tant les autorités propriétaires du domaine public que celles qui se sont vu confier ou concéder la gestion d'un élément du domaine public. Tel est, par exemple, le cas des concessionnaires des personnes publiques (d'autoroutes, de ports, d'aéroport, ...) chargés de délivrer les sous-concessions d'occupation du domaine public aux divers opérateurs économiques intéressés. L'accès à une infrastructure domaniale essentielle peut s'avérer décisif et les conditions financières offertes par le concessionnaire doivent être non discriminatoires au regard du droit de la concurrence.

La nécessité d'une procédure de sélection s'applique-t-elle également à l'occupant du domaine public qui délivre une autorisation de sous-occupation isolée ? Et si oui, quelle est l'autorité compétente pour procéder à la sélection ? On peut arguer qu'il s'agit là encore de l'autorité qui occupe le domaine et qui délivre une autorisation de sous-occupation.

## **2. Procédure à suivre**

### **Procédure de droit commun**

Le nouvel article L. 2122-1-1 du CGPPP se contente d'écrire que « l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester ».

En clair, il ne s'agit en aucun cas de soumettre les autorités domaniales aux mêmes procédures que celles applicables aux acheteurs publics. Les termes choisis dans la rédaction de l'ordonnance écartent ainsi toute référence à des notions caractéristiques du droit de la commande publique : avis d'appel à la concurrence, candidature, offres, critères de sélection, hiérarchisation, pondération, etc. Il n'est, par ailleurs, pas prévu l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat pour définir une procédure *ad hoc* s'imposant aux autorités domaniales.

Celles-ci sont donc « libres » de leurs mouvements dès lors que, préalablement à la délivrance du titre d'occupation, une publicité adéquate a été organisée pour permettre aux candidats potentiels de se manifester et que l'examen des « candidatures » présente toutes garanties d'impartialité et de transparence (*i.e.* des critères de choix annoncés à l'avance mais pas nécessairement pondérés ou hiérarchisés).

Ce constat étant fait, des questions se posent malgré tout. S'agissant d'abord « des mesures de publicité », l'ordonnance fixe une obligation de résultat : les mesures de publicité doivent permettre aux candidats potentiels de se manifester. Mais quel sera le support de la publicité adéquat ? Les collectivités pourront-elles se contenter d'une publicité sur leur site internet ? On peut présumer qu'une publication ou un site internet en rapport avec l'activité économique en cause sera considéré comme un support approprié.

S'agissant ensuite de la détermination de la procédure à suivre, la liberté des autorités domaniales n'est pas totale, car comme il a été observé à juste titre par un commentateur de l'ordonnance (Ch. Roux, v. encadré p. 1614), on ne

saurait résumer la procédure à la définition de mesures de publicité, même si le texte met l'accent sur cette seule exigence procédurale : une procédure de sélection suppose en effet des précisions quant à l'objet du titre et la définition de critères de sélection des candidatures et des offres. Faudra-t-il aller jusqu'à définir un cahier des charges ? Rien ne l'impose mais on peut supputer qu'un minimum de formalisation de l'objet et du contenu du contrat ou de l'autorisation sera nécessaire. Les critères devront en tout cas garantir l'impartialité et la transparence de la procédure de sélection. Selon l'article 10 de la directive Services, les critères en vue de l'octroi des autorisations doivent ainsi être, cumulativement, « non discriminatoires ; justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général ; proportionnels à cet objectif d'intérêt général ; clairs et non ambigus ; objectifs ; rendus publics à l'avance ; transparents et accessibles ». S'agissant de la nature de ces critères, on peut tirer quelques enseignements du rapport au Président de la République, qui indique que la procédure vise à « assurer la meilleure valorisation du domaine mais également à permettre un égal traitement entre les opérateurs économiques intéressés ». Autrement dit, il y a place pour des critères qualitatifs, et non seulement économiques, car la valorisation du domaine ne se résume pas à la rentabilité de l'exploitation pour l'autorité gestionnaire.

### **Procédure allégée**

Il reste que cette « procédure de droit commun » peut être encore plus sommaire, ainsi que l'indique le second alinéa de l'article L. 2122-1-1 du CGPPP : « Lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution. »

Comme l'indique le rapport au Président de la République, cette procédure simplifiée vise « les occupations de courte durée délivrées quotidiennement par les personnes publiques : manifestations artistiques et culturelles, manifestations d'intérêt local, privatisations temporaires de locaux..., pour lesquelles de simples mesures de publicité préalable devront être mises en oeuvre. Il en va de même lorsqu'il existe une offre foncière disponible suffisante pour l'exercice de l'activité projetée, c'est-à-dire lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice d'une activité donnée est suffisant par rapport à la demande. Autrement dit, sont visées par là des situations n'ayant pas pour effet de restreindre ou de limiter la libre concurrence » (l'ordonnance utilise ici les potentialités de la directive Services qui subordonne l'organisation d'une procédure concurrentielle à la rareté des autorisations délivrables).

La notion d'« occupation de courte durée » n'est évidemment pas simple à interpréter. Quel sera le curseur ? Peut-on considérer qu'une opération récurrente mais ponctuelle (une occupation limitée à un jour par semaine, mais se répétant sur une longue durée) est une occupation de courte durée ? On peut supputer que la notion de courte durée ne sera pas la même selon l'autorité gestionnaire.

Même si elle ne le prévoit pas de façon expresse, l'ordonnance ne fait pas obstacle à ce qu'il y ait basculement d'une procédure allégée sur une procédure complète sans qu'il y ait besoin de refaire une nouvelle publicité. Il est certainement possible à l'autorité compétente de procéder à une simple mesure de publicité préalable pour sonder l'état du marché puis, si les résultats de cette publicité font apparaître que l'état de la concurrence est plus important que prévu, de basculer sur une procédure complète sans la recommencer depuis le début. Il est clair que les autorités compétentes auront intérêt à prévoir d'emblée la faculté de basculer sur une procédure plus approfondie en fonction des résultats de la publicité.

### **Procédure en cas d'initiative spontanée**

Par souci de réalisme, l'ordonnance a voulu prendre en compte l'hypothèse où l'occupation du domaine résulte d'une initiative d'un opérateur.

Si, comme l'indique le nouvel article L. 2122-1-4 du CGPPP, la délivrance du titre « intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente ». Si tel est le cas après cette publicité, ou même sans y avoir recours si l'autorité domaniale « présume » une telle manifestation d'intérêt concurrente, alors, il semble logique de considérer que la procédure de droit commun doit être mise en oeuvre par l'autorité domaniale pour toutes les personnes intéressées.

### **Règles contentieuses**

Parce que l'ordonnance n'a pas institué une nouvelle procédure de sélection intégrée dans le droit de la commande publique, elle s'est bien gardée de modifier le code de justice administrative pour permettre aux « candidats évincés » de l'attribution d'une autorisation contractuelle d'occupation du domaine public à objet économique de saisir le juge du référé précontractuel ou contractuel. Elle n'aurait au demeurant pas pu compétemment le faire, en l'absence de toute disposition en ce sens dans la loi d'habilitation. Il en résulte qu'en l'état actuel des choses, il n'existe pas de procédure de référé spécifique permettant aux candidats évincés de la délivrance d'une autorisation contractuelle d'occupation du domaine public à objet économique d'obtenir satisfaction, en amont de l'exécution du contrat ou rapidement après sa conclusion (v., sur ce point, l'article de Ph. Hansen cité dans l'encadré Pour en savoir plus).

Les candidats évincés pourront en revanche former, sous réserve de leur intérêt à agir, soit un recours *Tarn-et-Garonne* si le titre est conventionnel, soit un recours pour excès de pouvoir si celui-ci est unilatéral, assorti, dans les deux cas, d'un éventuel référé-suspension.

### **Entrée en vigueur**

Enfin, l'article 15 de l'ordonnance précise que ces nouvelles procédures ne sont applicables « qu'aux titres délivrés à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017 », et non pas aux procédures engagées à partir de cette date. Cette disposition d'entrée en vigueur est logique, en raison de l'absence, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, de toute obligation de procédure préalablement à la délivrance des titres sur le domaine public.

### **3. Les exceptions au principe de transparence**

L'ordonnance du 19 avril 2017 prévoit diverses hypothèses, marquées par le bon sens ou empruntées au droit de la commande publique, où « l'article L. 2122-1-1 n'est pas applicable ».

#### **Les exceptions proprement dites**

Le premier groupe de situations est celui évoqué au nouvel article L. 2122-1-2 du CGPPP. Il n'est pas nécessaire pour l'autorité domaniale d'organiser une procédure transparente préalable à l'attribution d'une AOT, même à objet économique :

« 1° Lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L. 2122-1 s'insère dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes caractéristiques que la procédure déterminée par le premier alinéa de l'article L. 2122-1-1 ».

Cette première exclusion permet d'éviter les redondances et de remettre en cause les dispositions existantes qui ont déjà consacré des obligations procédurales à la délivrance de certains titres d'occupation domaniale, telles les concessions ou sous-concessions de plage, les concessions de cultures marines ou les ressources hertziennes.

« 2° Lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection [rappel de l'article 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 sur les marchés publics] » ;

« 3° Lorsque l'urgence le justifie. La durée du titre ne peut alors excéder un an » ;

« 4° Sans préjudice des dispositions figurant aux 1° à 5° de l'article L. 2122-1-3, lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante, sans que sa durée totale ne puisse excéder celle prévue à l'article L. 2122-2 [c'est-à-dire pour achever l'amortissement des investissements ou ouvrages réalisés par l'occupant] ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente [cas envisagé par le point 72 de l'arrêté *Promoimpresa*] ».

Cette disposition doit être mise en relation avec l'article L. 2122-2 qui impose désormais de limiter dans le temps certaines autorisations d'occupation à objet économique (v. *infra*).

### Les dérogations

Le second groupe de situations est celui évoqué au nouvel article L. 2122-1-3 du CGPPP selon lequel « l'article L. 2122-1-1 n'est pas non plus applicable lorsque l'organisation de la procédure qu'il prévoit s'avère impossible ou non justifiée. L'autorité compétente peut ainsi délivrer le titre à l'amiable [mot utilisé ici à dessein, plutôt que « sans publicité ni mise en concurrence », pour rappeler le vocabulaire traditionnel du droit domaniale], notamment dans les cas suivants » :

« 1° Lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ».

Une telle disposition, dont on ne voit pas concrètement à quelles situations elle correspond, ne saurait être interprétée de manière trop souple, sauf à vider de son contenu l'exigence nouvelle de dévolution transparente des autorisations d'occupation du domaine public à objet économique.

« 2° Lorsque le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente ou à une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit ».

Cette disposition transpose en droit domaniale l'hypothèse *in house* du droit de la commande publique, mais uniquement à titre « descendant » et non pas ascendant ou horizontal entre entités soeurs, ce qui pourrait poser des difficultés au sein de *holdings* publics, comme par exemple pour SNCF Mobilités et SNCF Réseau. Le bien-fondé de la distinction entre les personnes publiques soumises à une surveillance directe de l'autorité compétente et les personnes privées placées sous contrôle étroit peut, par ailleurs, prêter à interrogation.

« 3° Lorsqu'une première procédure de sélection s'est révélée infructueuse ou qu'une publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent est demeurée sans réponse » ;

« 4° Lorsque les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée » (hypothèse « terrasses de café », commerces, occupation de la voirie pour déménager, etc.) ;

« 5° Lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient » (exceptions à la liberté d'établissement autorisées par le TFUE, art. 51 et s.).

Pour toutes les dérogations de ce second groupe, l'article L. 2122-1-3 indique que « l'autorité compétente rend publiques les considérations de droit et de fait l'ayant conduite à ne pas mettre en oeuvre la procédure prévue à l'article L. 2122-1-1 ». Cette publicité motivée, *a posteriori*, de l'attribution du titre d'occupation est destinée à surmonter l'opacité inhérente à cette attribution qui n'est que notifiée à son bénéficiaire et non pas publiée, afin que les tiers puissent utilement la contester au cas où l'autorité compétente aurait abusivement utilisé ces dérogations pour échapper à une procédure transparente. Le respect de cette obligation de procédure constitue incontestablement une formalité substantielle, car elle offre aux tiers une garantie, alors insusceptible d'être « danthonysée ».

### C. La durée limitée des AOT à objet économique

L'article 4 de l'ordonnance de 2017 complète l'article L. 2122-2 du CGPPP (qui dispose que l'occupation du domaine public « ne peut être que temporaire ») en précisant les conditions de détermination *a priori* de la durée des occupations du domaine public. Il indique à cette fin que « lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, sa durée est fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis, sans pouvoir excéder les limites prévues, le cas échéant, par la loi ».

Cette disposition vient mettre fin, pour les AOT contractuelles à objet économique, à la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle les conventions d'occupation du domaine public peuvent être à durée indéterminée dès lors qu'elles peuvent être résiliées à tout moment pour motif d'intérêt général (CE 5 févr. 2009, n° 305021, *Association*

*Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2009. 704 [📄](#), note J.-D. Dreyfus [📄](#) ; RDI 2009. 250, obs. O. Févrot ; BJCP 2009, n° 64, p. 224, concl. N. Escaut). Et elle rapproche, sur ce point, le droit des autorisations domaniales à objet économique de celui des contrats de la commande publique (v. Ph. Terneyre, *La durée des contrats*, RFDA 2016. 276). Ce nouvel article du CGPPP implique, pour les AOT constitutives de droits réels à objet économique, que, là où la loi limitait jusqu'à présent seulement leur durée maximale (70 ans pour les AOT, 99 ans pour les BEA), sans avoir à trop justifier cette durée, celles qui devront faire l'objet d'une procédure d'attribution transparente devront désormais être beaucoup plus courtes (sauf investissement majeur) que les durées maximales précitées.

Conformément à la décision *Promoimpresa*, l'article 4 fait, en effet, de la présence d'investissements l'élément déterminant pour fixer la durée du titre. Celle-ci doit être fixée de manière à « ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis ». On observe que, paradoxalement, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession est plus souple en ce qui concerne le calcul de la durée des contrats : « Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire ». Mais il ne faut sans doute pas avoir une interprétation trop stricte de la correspondance fixée par l'article 4 de l'ordonnance domaniale : cette disposition n'impose pas à proprement parler que la durée corresponde au temps nécessaire pour l'amortissement des investissements, mais emploie une formule plus contournée (la libre concurrence ne doit pas être restreinte ou limitée au-delà de ce qui est nécessaire...) qui laisse ainsi une assez grande souplesse à l'autorité gestionnaire.

En revanche, pour les AOT en cours d'exécution avant la date du 1<sup>er</sup> juillet 2017, dès lors que l'ordonnance du 19 avril 2017 est un acte à valeur réglementaire tant qu'elle n'est pas ratifiée, il n'est pas possible de leur appliquer immédiatement la « loi nouvelle » comme cela a pu être fait avec les dispositions législatives (art. 40 de la loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 et art. 75 de la loi n° 95-101 du 2 févr. 1995) limitant la durée des délégations de service public (CE, ass., 8 avr. 2009, n° 271737, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, Lebon avec les concl. [📄](#) ; AJDA 2009. 1090 [📄](#), chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi [📄](#)). Seule une loi peut en effet porter atteinte aux contrats en cours d'exécution, sous réserve qu'elle le dise expressément ou que ses dispositions soient regardées comme étant d'ordre public. Une ordonnance peut cependant le faire si cette rétroactivité est permise par la loi d'habilitation (CE 4 nov. 1996, n° 177162, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province*, Lebon [📄](#) ; RFDA 1996. 1099, concl. Ch. Maugué). Tel n'était pas le cas sur ce point de la loi Sapin II.

#### **D. L'encadrement de la cession des titres constitutifs de droits réels**

Le propre des AOT constitutives de droits réels (celles des art. L. 2122-6 et s. du CGPPP, les différents BEA, ...) est de pouvoir être cédées à un tiers en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé, sous réserve que le cessionnaire soit « agréé » par l'autorité domaniale compétente. Le droit de cession est un élément constitutif indispensable du régime de ces titres, sans lequel la possible valorisation de l'occupation du domaine public serait diminuée.

Les articles 5, 6 et 8 de l'ordonnance du 19 avril 2017 introduisent cependant aux articles L. 2122-7 du CGPPP (AOT de l'Etat, utilisables par les collectivités locales), L. 2341-1 du CGPPP (BEA valorisation de l'Etat et de ses établissements publics) et L. 1311-3 du CGCT (BEA des collectivités locales) - mais curieusement pas à l'article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 relatif au « BEA - logement social » - un dispositif selon lequel « de tels transferts ne peuvent intervenir lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre s'y oppose ».

Ces dispositions viennent ainsi tempérer fortement la cessibilité des titres d'occupation domaniale constitutifs de droits réels. On peut s'interroger sur la portée et le sens de cette limite. Si l'on comprend bien, cela signifie que si le titulaire de l'AOT - délivrée après publicité et mise en concurrence préalable - souhaite la céder à un tiers nommément désigné en cours d'exécution du titre, l'autorité domaniale compétente est alors obligée - avant de donner son agrément - d'organiser une publicité suffisante pour déterminer si d'autres opérateurs économiques seraient intéressés par cette cession. Si tel n'est pas le cas, l'agrément du cessionnaire peut être donné ; si tel est le cas, la cession ne pourra se faire qu'en faveur du candidat sélectionné par l'autorité domaniale et, on l'espère, aux conditions financières négociées avec le cessionnaire pressenti par le titulaire de l'AOT. C'est pourtant le titulaire du droit d'occupation qui cède son droit d'occupation, et non la personne publique propriétaire ou gestionnaire. Dès lors que le cessionnaire s'obligera à reprendre l'ensemble des obligations figurant dans le contrat d'occupation du domaine public, la personne publique propriétaire ne devrait pas pouvoir s'opposer à la cession du titre. Ou bien faut-il considérer que c'est l'occupant, et non la personne publique, qui doit procéder à la procédure de sélection ?

Comme l'observe judicieusement Maylis Douence (v. encadré), cette limite nouvelle minore, par ailleurs, l'intérêt du procédé récemment consacré de rescrit administratif ou domanial (par lequel l'occupant peut obtenir de l'autorité de délivrance l'engagement d'accorder l'agrément à une personne déterminée) introduit par l'ordonnance n° 2015-1628 du 10 décembre 2015 (CGPPP, art. L. 2122-7 nouv., al. 2). D'autant plus que cette possibilité reste écartée quand les autorisations « ont été délivrées après une procédure de publicité et de mise en concurrence ».

On avoue au total avoir du mal à comprendre cette limitation à la liberté de cession des AOT constitutives de droits réels. Pourquoi uniquement ces AOT, dont la caractéristique essentielle est la libre cession, alors que les AOT ordinaires ou certaines autorisations spéciales (hertziennes, par ex.) peuvent parfois elles aussi être cédées ? Pourquoi ce mécanisme, alors qu'aujourd'hui la liberté de cession du contrat est admise, sous certaines conditions, en droit de la commande publique ? Ou alors, c'est que nous n'avons pas compris la portée réelle de ce dispositif...

#### **E. Les redevances dans les AOT liées à un contrat de la commande publique**

L'article 7 de l'ordonnance du 19 avril 2017 complète l'article L. 2125-1 du CGPPP - qui pose le principe du caractère onéreux de l'occupation privative du domaine public et qui y apporte quelques dérogations - en disposant que « lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, les modalités de détermination du montant de la redevance mentionnée au premier alinéa sont fonction de l'économie générale du contrat. Lorsque ce contrat s'exécute au seul profit de la personne publique, l'autorisation peut être délivrée gratuitement ».

Cette disposition concerne l'hypothèse où l'exécution d'un marché ou d'une concession nécessite un titre d'occupation du domaine public. Depuis la réforme du droit de la commande publique en 2015-2016, il a été mis fin aux montages « aller-retour » et c'est le marché ou la concession qui doit prévoir l'occupation du domaine. Cet article tend à remédier à une difficulté d'articulation entre le droit de la commande publique, qui conduit la personne

publique à verser un prix ou des subventions à un opérateur (marché de partenariat, concession, ...), et le droit du domaine, qui impose d'assujettir au paiement d'une redevance l'occupant du domaine public alors même que l'administration du domaine est en même temps celle dont les besoins sont satisfaits par le contrat de la commande publique. D'où cette mesure, qui vise à éviter des flux financiers croisés entre la personne publique et son cocontractant ainsi que le recours à des mécanismes de refacturation de la redevance, majorée de TVA. La formule « les modalités de détermination du montant de la redevance seront fonction de l'économie générale du contrat » permet à cette fin de prévoir une neutralisation ou une compensation entre, d'une part, le prix ou les subventions, payés par la collectivité à l'opérateur et, d'autre part, la redevance que celui-ci doit payer. Et, ce faisant, de supprimer l'éventuel assujettissement à la TVA de tels flux. Le nouveau texte précise que lorsque ce contrat s'exécute au seul profit de la personne publique (ce qui est le cas de la plupart des marchés publics et des concessions « sèches »), l'autorisation pourra même être délivrée gratuitement (ce que seule la loi pouvait prévoir).

## **II - Fluidité et sécurité juridique dans la circulation des biens publics**

Le second objectif assigné au gouvernement par la loi d'habilitation du 9 décembre 2016 était la refondation des modalités du transfert des propriétés des personnes publiques afin de leur permettre de mener une politique immobilière plus efficace, plus dynamique et plus en phase avec la réalité des nouvelles pratiques de l'administration et de ses partenaires. Plusieurs dispositifs de l'ordonnance du 19 avril 2017 contribuent à la réalisation de cet objectif. Une mesure ponctuelle concerne également la cession des biens mobiliers.

### **A. Déclassement par anticipation du domaine public**

Cette technique avait été déjà imaginée et intégrée dans la version initiale du CGPPP afin de casser les lourdeurs dues au respect formel de la séquence nécessaire à la sortie d'un bien du domaine public : désaffectation effective / constat de la désaffectation / déclassement formel / cession. Mais elle avait été limitée à l'Etat et à ses établissements publics, cantonnée au domaine public affecté à un service public et strictement bornée dans le temps (la durée maximale était de trois ans, avec une dérogation à six ans pour les immeubles domaniaux mis à la disposition du ministère de la défense, L. n° 2009-928 du 29 juill. 2009, art. 16). L'article 35 de la loi Sapin II de 2016 avait tout récemment voulu étendre cette faculté aux collectivités locales, mais cette extension était restée ineffective, faute d'intervention du décret d'application indispensable à son entrée en vigueur.

L'article 9 de l'ordonnance de 2017 réécrit complètement le premier alinéa de l'article L. 2141-2 du CGPPP. Désormais, les règles sont les suivantes :

« Par dérogation à l'article L. 2141-1, le déclassement d'un immeuble appartenant au domaine public artificiel des personnes publiques et affecté à un service public ou à l'usage direct du public peut être prononcé dès que sa désaffectation a été décidée alors même que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement. »

La faculté de procéder à un déclassement se trouve ainsi étendue à l'ensemble du domaine public artificiel des personnes publiques, qu'il soit affecté à un service public ou à l'usage direct du public.

« Ce délai ne peut excéder trois ans. Toutefois, lorsque la désaffectation dépend de la réalisation d'une opération de construction, restauration ou réaménagement, cette durée est fixée ou peut être prolongée par l'autorité administrative compétente en fonction des caractéristiques de l'opération, dans une limite de six ans à compter de l'acte de déclassement ».


La durée maximale est dorénavant fixée dans la loi, et non plus dans un texte de valeur réglementaire. Au-delà de trois ans, l'autorité administrative peut la fixer librement, dans la limite de six années, quand la désaffectation est subordonnée à la réalisation d'une opération de construction. Concrètement, ce délai devrait être suffisant pour couvrir la délivrance du permis de construire et la purge des recours. On notera, par ailleurs, que la faculté de prolonger la durée de trois ans est applicable aux mesures de déclassement prises antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

« En cas de vente de cet immeuble, l'acte de vente doit stipuler que celle-ci sera résolue de plein droit si la désaffectation n'est pas intervenue dans ce délai. » Il s'agit là d'une condition résolutoire.

Enfin, l'acte de vente doit également comporter « des clauses relatives aux conditions de libération de l'immeuble par le service public ou de reconstitution des espaces affectés à l'usage direct du public, afin de garantir la continuité des services publics ou l'exercice des libertés dont le domaine est le siège ».

Pour les collectivités locales, l'article L. 2141-2 du CGPPP comporte deux alinéas (issus de la loi Sapin II, préc.) qui obligent ces dernières à adopter une délibération motivée sur la base d'une étude d'impact pluriannuelle et à prévoir dans l'acte de vente une clause organisant les conséquences de la résolution de la vente et les pénalités à payer à l'acheteur, celles-ci devant obligatoirement être provisionnées (sur cet aspect de la réforme opérée par la loi Sapin II, v. N. Foulquier, Le déclassement anticipé du domaine public local, RDI 2017. 184).

### **B. Cession de parcelles du domaine public sous condition suspensive de déclassement**

Cette autre technique de circulation des biens publics s'inscrit dans le prolongement direct de la précédente. Attendue par la doctrine (v. L. Aynès, E. Fatôme et M. Raunet, Les promesses de vente de biens du domaine public sous condition suspensive de déclassement, AJDA 2014. 961 ) , pratiquée par quelques notaires courageux avec le risque de voir qualifier la condition suspensive de potestative, elle est désormais organisée au nouvel article L. 3112-4 du CGPPP : « Un bien relevant du domaine public peut faire l'objet d'une promesse de vente ou d'attribution d'un droit réel civil dès lors que la désaffectation du bien concerné est décidée par l'autorité administrative compétente et que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation permettant le déclassement ne prenne effet que dans un délai fixé par la promesse ».

Afin que soit respecté le principe constitutionnel de continuité du service public dont le domaine public est souvent le support, ce même article dispose : « A peine de nullité, la promesse doit comporter des clauses précisant que l'engagement de la personne publique propriétaire reste subordonné à l'absence, postérieurement à la formation de la promesse, d'un motif tiré de la continuité des services publics ou de la protection des libertés auxquels le domaine en cause est affecté qui imposerait le maintien du bien dans le domaine public. »

Enfin, le dernier alinéa de l'article L. 3112-4 précise que « la réalisation de cette condition pour un tel motif ne donne lieu à indemnisation du bénéficiaire de la promesse que dans la limite des dépenses engagées par lui et profitant à la personne publique propriétaire », ce qui exclut ainsi l'indemnisation du manque à gagner espéré par l'acheteur,

comme cela vient d'être jugé en droit de la commande publique en cas de rupture des pourparlers (CE 9 déc. 2016, n° 391840, *Société foncière Europe*, Lebon [T](#) ; AJDA 2017. 690 [T](#), note G. Clamour [T](#) ; AJCT 2017. 291, obs. M. Yazir-Roman ; AJ contrat 2017. 83, obs. F. Lepron ; BJCP 2017, n° 111, p. 123, concl. G. Pellissier). Comme l'indiquent M. Raunet et R. Léonetti (v. encadré), cette disposition est à la fois le moyen de rendre effective la possibilité pour les personnes publiques de maintenir le bien dans le domaine public - la défaillance de la condition de désaffectation et de déclassement ne pouvant donner lieu à une indemnisation contractuelle dissuasive pour la personne publique - et un gage de sécurité pour les cocontractants de la personne publique, les motifs de désengagement de celle-ci étant strictement définis par le texte.

### C. Extension des cas de cessions gratuites de biens mobiliers

Alors que l'habilitation n'avait *a priori* pas cet objet, l'article 11 de l'ordonnance de 2017 a complété l'article L. 3212-2 du CGPPP qui énumère les hypothèses de cessions gratuites de biens meubles appartenant à l'Etat et à ses établissements publics par un 8° ainsi rédigé : « Les cessions au profit d'Etats étrangers de biens meubles du ministère de la défense, y compris de matériels de guerre et assimilés, lorsqu'elles contribuent à une action d'intérêt public, notamment diplomatique, d'appui aux opérations et de coopération internationale militaire. Les cessions peuvent concerner des biens acquis à cette fin ou des biens dont le ministère de la défense n'a plus l'emploi. La valeur des biens cédés ne peut dépasser un plafond annuel fixé par arrêté conjoint du ministre de la défense et du ministre des finances ».

Même limitée aux biens « meubles » du ministère de la défense, même limitée au bénéfice des seuls « Etats étrangers » (et non pas, le cas échéant, à des factions ou groupes armés pouvant avoir les faveurs de la diplomatie française), cette disposition, qui aurait sans doute mérité un débat parlementaire préalable, permet ainsi la cession à titre gratuit, dans la limite d'un plafond annuel fixé par arrêté interministériel, de matériels de guerre et assimilés, usagés ou même neufs, utilisés, par exemple, par l'armée française en « opex » et ensuite laissés sur place.

Ainsi que le souligne le rapport au Président de la République, les conditions encadrant ces cessions gratuites garantissent que la perte de ressources liée à la gratuité de la cession sera justifiée au regard de l'intérêt que représente pour la France la coopération dans laquelle s'insère cette cession.

### D. Régularisation des cessions opérées sans déclassement

L'article 12 de l'ordonnance du 19 avril 2017 vient résoudre diverses situations inextricables constituées avant comme après l'entrée en vigueur du CGPPP.

Comme on le sait, les personnes publiques décident souvent la réalisation d'opérations d'aménagement ou d'intérêt général sur des parcelles de leur domaine privé, existantes ou à acquérir. Or, dès lors que cette « décision » affecte le bien à un service public ou à l'usage du public et qu'un aménagement « spécial » ou « indispensable » à l'exécution de ce service public peut être regardé comme entrepris de façon certaine, ce bien public immobilier est alors immédiatement soumis aux principes de la domanialité publique, voire doit être regardé comme une dépendance du domaine public (CE 6 mai 1985, n° 41589, *Association Eurolat, Crédit foncier de France*, Lebon [T](#) 141 ; CE 13 avr. 2016, n° 391431, *Commune de Baillargues*, Lebon 131, avec les concl. N. Escaut [T](#) ; AJDA 2016. 1171 [T](#), chron. L. Duthellet de Lamothe et G. Odinet [T](#) ; RDI 2016. 475, obs. N. Foulquier ; AJCT 2016. 526, obs. A. Nozière), ce qui exclut que ce bien puisse être ultérieurement vendu par la personne publique sans avoir été au préalable « désaffecté » de cette destination et juridiquement « déclassé » par l'autorité compétente (CE 8 avr. 2013, n° 363738, *Association ATLALR*, Lebon [T](#) ; AJDA 2013. 764 [T](#) ; RDI 2013. 434, obs. N. Foulquier ; AJCT 2013. 347, obs. S. Defix ; T. confl. 14 nov. 2016, n° 4068, *Association Mieux vivre à Béziers et son agglomération, tourisme et loisirs*, Lebon [T](#) ; AJDA 2017. 234 [T](#), note M. Monot-Fouletier [T](#) ; AJCT 2017. 167, obs. S. Defix).

Bien souvent, la désaffectation résulte de l'abandon de l'opération d'aménagement par la personne publique, abandon pouvant intervenir de nombreuses années après l'initiative de celle-ci. Dans ce cas, les collectivités publiques, estimant de bonne foi que le bien n'est en réalité jamais entré dans le domaine public, décident alors leur vente sans décision expresse de déclassement. La jurisprudence précitée a montré que ces derniers commettaient, ce faisant, une irrégularité de nature à affecter la validité de l'acte de vente.

Dans certains cas urgents et portés par une très forte volonté politique, la situation a pu être régularisée par une loi de validation *ad hoc* (v. L. n° 2014-878 du 4 août 2014 relative à la sécurisation des transactions relatives à la zone d'aménagement concerté du quartier central de Gerland Lyon, adoptée dans la perspective de la préparation de l'Euro pour surmonter l'absence d'acte administratif constatant expressément que, après leur désaffectation, certains terrains avaient été déclassés du domaine public de la commune).

Afin de sécuriser juridiquement tous les autres « actes de disposition » intervenus dans ces circonstances mais de bonne foi, l'article 12 de l'ordonnance du 19 avril 2017, sur le fondement d'une habilitation expresse à cet effet (v. *supra*), dispose que « les biens des personnes publiques qui, avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, ont fait l'objet d'un acte de disposition et qui, à la date de cet acte, n'étaient plus affectés à un service public ou à l'usage direct du public peuvent être déclassés rétroactivement par l'autorité compétente de la personne publique qui a conclu l'acte de disposition en cause, en cas de suppression ou de transformation de cette personne, de la personne venant aux droits de celle-ci ou, en cas de modification dans la répartition des compétences, de la personne nouvellement compétente ». S'agissant d'une disposition d'effet transitoire, elle n'a pas été codifiée dans le CGPPP.

Comme on le voit, il ne s'agit pas là d'une validation d'actes annulés ou susceptibles de faire l'objet de contentieux en cours : une décision de déclassement, certes rétroactive, devra intervenir, dans le respect des principes de la domanialité publique. Par ailleurs, cette disposition s'applique au stock des opérations intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 19 avril 2017.

On notera, pour terminer, que le second alinéa de l'article 12 de l'ordonnance fait de même pour les « cessions et échanges entre personnes publiques réalisés antérieurement à l'entrée en vigueur du CGPPP », en leur appliquant rétroactivement les dispositions des articles L. 3112-1 et L. 3112-2 qui permettent, depuis 2006, de telles cessions sans déclassement. Mais à la différence de la précédente mesure, celle-ci s'applique uniquement aux cessions et échanges entre personnes publiques intervenus avant le 1<sup>er</sup> juillet 2006, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 21 avril 2006 adoptant le CGPPP.

Pour en savoir plus

G. Clamour, Chroniques législatives, Contrats Marchés publ. mai 2017, p. 20

G. Clamour, La mise en concurrence domaniale, BJCP 2017, n° 113

M. Douence, L'ordonnance du 19 avril 2017, Droit de la voirie et du domaine public, 2017, à paraître

Ph. Hansen, Les recours contre les autorisations contractuelles d'occupation du domaine public, JCP Adm. 2017, p. 2151

M. Raunet et R. Léonetti, L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, JCP N 2017, p. 1169

Ch. Roux, La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public, comm. de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, Dr. adm. 2017. Etude 10

**Mots clés :**

**DOMAINE** \* Domaine public \* Occupation du domaine public \* Exercice d'une activité économique \* Publicité et mise en concurrence