

Domanialité Coup de pinceau sur la propriété des personnes publiques

L'ordonnance du 19 avril dernier remet de l'ordre dans les procédures et modernise les règles.

Par **Hervé Letellier** et **Timothée Bassi**, avocats au barreau de Paris, cabinet Symchowicz Weissberg & Associés

L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques est venue moderniser le droit domanial et l'adapter aux contraintes du droit de l'Union européenne. Sa principale innovation a déjà été détaillée dans ces colonnes (1) : elle porte sur l'obligation de mener une procédure de publicité et/ou de mise en concurrence préalablement à la délivrance de certains titres d'occupation privative du domaine public. Ce texte comporte par ailleurs cinq autres nouveautés qui méritent d'être recensées.

Le transfert des titres d'occupation privative

En premier lieu, dans le prolongement de l'obligation de publicité et de mise en concurrence, l'ordonnance du 19 avril instaure des règles relatives au transfert de certains titres d'occupation privative du domaine public.

Ainsi, les articles L. 2122-7 et L. 2341-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) et l'article L. 1311-3 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) - respectivement applicables aux autorisations d'occupation du domaine public de l'Etat constitutives de droits réels, aux baux emphytéotiques administratifs (BEA) de valorisation et aux BEA des collectivités territoriales - prévoient désormais que le transfert de ces titres ne peut intervenir « lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre [...] s'y oppose ».

Si la signification précise de ces termes reste incertaine à ce jour, il semble *a priori* raisonnable de les lire à la lumière de la jurisprudence « Pressetext », rendue en matière de marchés publics. Celle-ci énonce que la substitution d'un cocontractant au titulaire initial doit donner lieu à une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence « à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial » (2).

Par ailleurs, la même contrainte devrait, au regard du droit européen être applicable aux titres qui ont été omis

- volontairement ou non - par l'ordonnance, tels que les autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels des collectivités territoriales, le BEA « logement social » (3) ou encore l'ensemble des titres d'occupation privative non constitutifs de droits réels.

Le contenu des titres d'occupation privative

En deuxième lieu, l'ordonnance modifie les règles applicables au contenu des titres d'occupation privative du domaine public. Tout d'abord, ces titres peuvent désormais porter sur des parcelles du domaine privé des personnes publiques, lorsque leur affectation future à l'utilité publique est projetée, et non plus seulement sur des parcelles relevant d'ores et déjà du domaine public.

Ensuite, l'article L. 2122-2 du CG3P encadre davantage la durée des titres d'occupation privative. Désormais, celle-ci « 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 ». Cette règle s'applique à l'ensemble des titres d'occupation privative du domaine public demandés en vue d'exercer une activité économique, y compris ceux dont la délivrance est, par exception, dispensée de toute procédure de publicité et mise en concurrence.

Enfin, une disposition est ajoutée s'agissant de la redevance prévue par les titres d'occupation privative du domaine public conférés par un contrat de la commande publique ou nécessaires à l'exécution d'un tel contrat. L'article L. 2125-1 du CG3P prévoit désormais qu'en pareille hypothèse, « les modalités de détermination du montant de la redevance mentionnée au premier alinéa sont fonction de l'économie générale du contrat ». Selon le rapport au président de la République relatif à cette ordonnance (publié au « Journal officiel » du 20 avril 2017), il s'agit « d'éviter l'existence de flux financiers croisés entre la personne publique et son cocontractant ainsi que le recours à des mécanismes de refacturation de la redevance ».

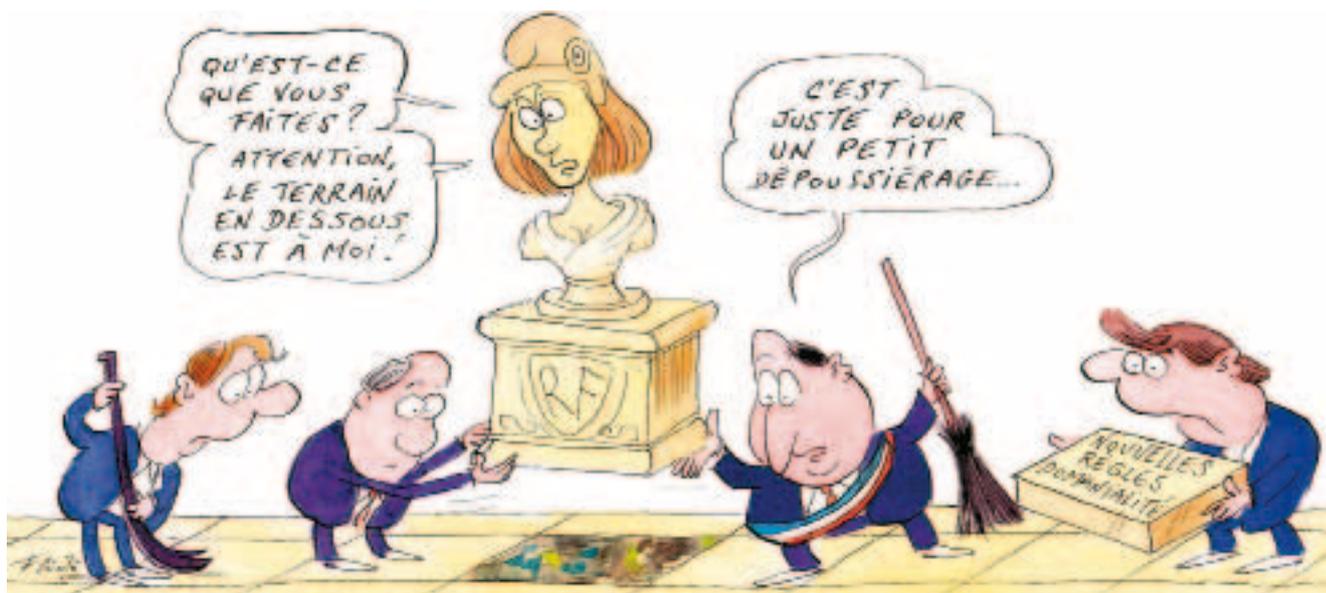
Ce qu'il faut retenir

► L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques instaure des règles relatives au transfert de certains titres d'occupation privative du domaine public (BEA des collectivités territoriales, notamment).

► Elle encadre aussi les modalités de détermination de la redevance prévue par les titres d'occupation privative du domaine public, notamment ceux qui sont conférés par un contrat de la commande publique ou nécessaires à l'exécution d'un tel contrat.

► L'ordonnance étend et modifie également la procédure de déclassement anticipé de biens du domaine public.

► Le texte organise enfin la régularisation de certains actes de disposition ayant porté sur des biens du domaine public.



Le déclassement anticipé des dépendances du domaine public

En troisième lieu, l'ordonnance étend et modifie la procédure de déclassement anticipé prévue par l'article L. 2141-2 du CG3P. Désormais, cette procédure est applicable à l'ensemble des personnes publiques (4) et peut également porter sur les biens du domaine public affectés à l'usage direct du public, et non plus seulement sur ceux qui sont affectés à un service public. Pour mémoire, cette procédure permet, à titre dérogatoire, de déclasser de manière anticipée un bien du domaine public dans la perspective de le céder, alors qu'il est encore affecté à un service public ou à l'usage direct du public.

S'agissant de la mise en œuvre de cette procédure, la durée fixée par l'acte de déclassement, au terme de laquelle doit intervenir la désaffectation, est fixée à trois ans maximum, et par exception à six ans maximum « lorsque la désaffectation dépend de la réalisation d'une opération de construction, restauration ou réaménagement ». De plus, dans l'hypothèse d'une cession du bien déclassé par anticipation, l'acte de vente doit désormais 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 ».

La cession des dépendances du domaine privé

En quatrième lieu, l'ordonnance comporte de nouvelles dispositions en matière de cession de biens publics. Ainsi, le nouvel article L. 3112-4 du CG3P permet de conclure une promesse de vente portant sur une dépendance du domaine public, sous condition suspensive de déclassement, dès lors que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public le justifient. Il consacre ainsi une « possibilité jusqu'ici discutée par la doctrine et sur laquelle le juge n'a jamais été amené à se prononcer clairement », souligne le rapport au président de la République évoqué plus haut.

L'ordonnance ne comporte en revanche aucune disposition relative à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalables des cessions de biens publics, alors même que ses rédacteurs y étaient expressément invités par la loi d'habilitation (5).

La régularisation de certains actes de disposition

En cinquième et dernier lieu, l'article 12 de l'ordonnance comporte des dispositions, non codifiées au sein du CG3P, permettant la régularisation de certains actes de disposition.

En son premier alinéa, il permet aux personnes publiques ayant cédé un bien désaffecté mais non déclassé - et qui, de fait, relevait et relève toujours du domaine public - de le déclasser rétroactivement afin de régulariser la cession, laquelle sera alors réputée avoir porté sur un bien du domaine privé.

En son second alinéa, il valide rétroactivement les cessions et échanges de biens du domaine public intervenus entre personnes publiques avant le 1^{er} juillet 2006 (date d'entrée en vigueur du CG3P). ●

(1) Lire l'article « Occupations domaniales : la fin du gré à gré », par Hervé Letellier, publié dans « Le Moniteur » du 9 juin 2017, p. 86.

(2) CJCE, 19 juin 2008, « Presstext Nachrichtenagentur GmbH », aff. C-454/06, point 40.

(3) Prévu par l'article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 dite « Lapcipp ».

(4) Autrefois réservée à l'Etat et à ses établissements publics, cette procédure avait déjà été élargie aux collectivités territoriales, à leurs groupements et à leurs établissements publics par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite Sapin 2).

(5) L'article 34 de la loi Sapin 2 habilitait le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relative aux règles régissant les transferts de propriété de biens publics, « en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables aux opérations de cession ».