

NB : les ajouts et les modifications sont signalées en bleu

Fiche 5. Les théories favorisant l'extension de la domanialité publique

II. La domanialité globale et la domanialité virtuelle

B. La domanialité virtuelle

2. Le CGPPP et la jurisprudence postérieure

Ajouter *in fine*, après : « apparaît amoindri. »

Toutefois, le Tribunal des conflits ne l'a pas moins appliquée à son tour dans une décision du 14 novembre 2016, *Association « Vivre à Béziers et son agglomération, tourisme et loisirs »*, en affirmant qu'une parcelle étatique faisant l'objet d'une affectation certaine à l'usage direct du public est incluse au domaine public, nonobstant l'absence concrète de l'aménagement nécessaire à celle-ci, dès lors qu'au regard des circonstances de fait et de droit, cet aménagement futur apparaît comme certain.

Par ailleurs, l'ordonnance du 19 avril 2017 modifie l'article L.2122-1 du CGPPP et permet désormais aux propriétaires publics de consentir des autorisations d'occupations domaniales par anticipation, sur des biens qui n'appartiennent pas encore au domaine public, ceci afin de faciliter leur valorisation : plutôt que de contracter un bail de droit commun puis de le résilier au profit d'un titre domanial lorsque le bien concerné aura basculé dans le domaine public, on anticipe le régime final de l'occupation, assurant une véritable continuité juridique du régime du bien domanial. Ce mécanisme reste encadré : d'une part il n'est activable que si l'occupation ou l'utilisation projetée le justifie, d'autre part le titre octroyé par anticipation doit fixer le délai (6 mois au plus) dans lequel l'incorporation au domaine public doit être effective et préciser le devenir du titre en cas de non-respect de ce délai.

Ajouter à : « pour en savoir plus » :

M. Monot-Fouletier, « l'adhésion du Tribunal des conflits à une vision extensive de la théorie de la domanialité publique virtuelle », *AJDA* n°4, 6 fév. 2017, p. 234.

Fiche 6. L'entrée et la sortie du domaine public

II. La sortie du domaine public

B. La nécessité complémentaire d'un déclassement

1. L'exigence d'un déclassement explicite

Stopper le 1. à : « absence de propriété administrative ».

Supprimer ce qui suit, de « surtout » à « continuité du service »

Ajouter :

2. le cas particulier du déclassement anticipé et de la promesse de vente

Le code de 2006 a prévu la légalité sous condition d'un déclassement anticipé, autrement dit non suivi d'une désaffectation de fait concomitante (art. L2141-2 CGPPP). L'idée était de permettre une cession rapide d'immeubles encore affectés à un service public, mais dont la désaffectation est certaine ou en cours. Cette solution novatrice était néanmoins limitée : elle ne bénéficiait qu'à l'Etat et ses établissements publics, pour leurs biens immobilier inclus au domaine artificiel lorsqu'il s'agit de vente, pour tout type de bien lorsqu'il s'agit d'un échange. Elle prévoyait une garantie : l'acte de déclassement doit fixer un délai d'au maximum trois ans, dans lequel devra intervenir la désaffectation de fait. A défaut de survenance de cette désaffectation dans le délai prévu, la vente éventuellement intervenue sera résolue de plein droit. Ce mécanisme a été étendu aux établissements publics de santé par une loi n° 2009-179 du 17 février 2009, puis aux collectivités territo-

riales, leurs groupements et leurs établissements publics par la loi du 9 décembre 2016 dite loi Sapin 2. Désormais, l'ordonnance du 19 avril 2017 simplifie le droit en invoquant la possibilité pour « les personnes publiques » d'opérer un déclassement anticipé sur toutes les dépendances de leur domaine public artificiel respectif. La loi Sapin 2 avait imposé qu'une telle cession ne puisse intervenir qu'après une étude d'impact pluriannuelle et sur la base d'une délibération motivée de l'organe délibérant de la personne publique concernée ; l'ordonnance de 2017, tout en conservant cette disposition, fait preuve d'une plus grande souplesse quant à la mise en œuvre du mécanisme, en portant à 6 ans le délai d'intervention effective de la désaffectation lorsque celle-ci dépend « de la réalisation d'une opération de construction, restauration ou réaménagement ».

Ces assouplissements ne donnent pas pour autant carte blanche à la personne publique ; celle-ci devra désormais anticiper les conditions de libération du domaine public ainsi déclassé sans désaffectation de fait en garantissant « *la continuité des services publics ou l'exercice des libertés dont le domaine est le siège* », comme la mise à disposition de l'usage direct du public : une nouvelle fois, on comprend que le régime de la domanialité publique protège l'affectation d'utilité publique plus que le bien lui-même.

Quant aux articles L. 2141-3 et L. 3112-3 du code, ils introduisent la possibilité d'un déclassement opérant alors même que le bien concerné est encore affecté à un service public, dès lors qu'il est destiné à être échangé contre un autre bien qui répondra mieux aux besoins de ce service et qui devra y être affecté dans des conditions assurant la continuité du service.

Plus largement l'ordonnance du 17 avril 2017 introduit un nouvel article L. 3112-4 au CGPPP confirmant la jurisprudence (cf notamment CE, 23 avr. 2003, Assoc. « *Vivre à Endoume. Défense et environnement* ») selon laquelle la personne publique peut conclure une promesse de vente d'un bien appartenant encore au domaine public, sous condition suspensive de déclassement. Cet article prévoit désormais, en sus, qu'un droit réel civil pourra être attribué sur le bien. Ces mécanismes ne pourront être activés que si une décision de désaffectation a été prise par l'autorité compétente et si les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que la désaffectation ne prenne effet que dans le délai fixé par la promesse de vente (délai qui n'est pas précisé par le texte, contrairement au délai de 6 ans maximum imposé dans le cadre du déclassement anticipé).

La promesse de vente doit préciser que l'engagement de la personne publique est subordonné à l'absence, dans le délai de réalisation de la désaffectation, de nécessités de la continuité du service public ou de l'usage direct du public qui imposeraient le maintien du bien dans le domaine public. La réalisation de cette condition suspensive libérant la personne publique de son engagement conduit à l'indemnisation du bénéficiaire de la promesse, mais seulement à hauteur des dépenses qu'il a engagées au profit de la personne publique.

Enfin l'article 12 de l'ordonnance du 19 avril 2017 autorise le déclassement rétroactif s'agissant des « *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* ».

3. Les modalités du déclassement

Fiche 15. Les utilisations privatives classiques du domaine public

I. Les modalités d'autorisation des occupations privatives

A. Les conditions générales d'octroi de l'autorisation d'occupation privative

1. Une autorisation obligatoire (art. L. 2222-1 CGPPP)

(...)

En outre il ne peut exister d'autorisation (ou de renouvellement d'autorisation) tacite (CE 21 mars 2003 *SIPPEREC* ; CE, Sect., 19/06/2015, *SIPB SAS*), l'autorisation délivrée à titre personnel devant comporter expressément des indications telles que sa durée et son lieu d'exercice précis. A cet égard, l'ordonnance du 19 avril 2017 apporte une précision d'importance : elle modifie l'article L. 2122-2 du code en imposant que la durée du titre accordé en vue d'une exploitation économique soit 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* ».

Cela étant, d'une part lorsque l'usage privatif est conforme à l'affectation, la puissance publique se trouve en situation de compétence liée et doit délivrer l'autorisation (concession dans un cimetière, emplacement de maraîcher sur un marché). D'autre part le refus d'autorisation fait l'objet d'un contrôle vigilant du juge administratif : si la puissance publique dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, c'est bien entendu sous réserve du respect du principe de légalité (cf.

infra), avec un intérêt particulièrement aigu ici pour le respect du droit de la concurrence et de la liberté du commerce et de l'industrie, du fait de la vigilance des instances communautaires à cet égard (cf. CE, 26 mars 1999, *Soc. Eda* : « *le droit de la concurrence interne et communautaire vaut pour les actes de gestion domaniale* »).

Surtout, revenant sur la jurisprudence discutée du Conseil d'Etat du 3 décembre 2010 *Ville de Paris contre Assoc. Jean Bouin*, l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 applicable au 1^{er} juillet 2017 relative à la propriété des personnes publiques impose désormais que le titre relatif à l'occupation du domaine public « *en vue de son exploitation économique* » ne puisse être délivré qu'après la mise en œuvre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence dont les modalités sont laissées très largement à l'appréciation de l'autorité compétente pour délivrer ledit titre, dans le respect des règles d'impartialité et de transparence (art. L 2122-1-1 CGPPP). Le nouvel article L 2122-1-4 prévoit quant à lui, en cas de demande spontanée d'occupation ou utilisation du domaine public, que le gestionnaire de celui-ci organise une publicité (dont la forme n'est pas précisée) afin de s'assurer qu'aucun autre concurrent ne serait également éligible à une telle occupation ou utilisation.

Manifestant ainsi sa volonté de prendre en compte les exigences de la jurisprudence européenne en la matière (CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa Srl*), la réforme n'en prévoit pas moins un nombre important d'exceptions au principe de publicité et mise en concurrence nouvellement posé, sous réserve que soit rendus publics les motifs de fait et de droit justifiant la dérogation aux exigences de l'article L 2122-1.

-Tel est le cas de l'urgence ou de la prolongation du titre existant (art. L 2122-1-2 CGPPP), à condition dans le premier cas que la durée du titre n'excède pas un an, dans le second cas qu'elle n'excède pas la durée nécessaire à l'amortissement économique de ses investissements par l'occupant. De la sorte, on garantit la remise en concurrence régulière de la possibilité d'occuper le domaine public.

-De même, lorsque la délivrance du titre d'occupation s'insère dans une procédure plus globale de commande publique par définition soumise au respect de la publicité et de la mise en concurrence, on n'alourdira pas inutilement la tâche du gestionnaire en doublant cette exigence.

-Par ailleurs, la mise en concurrence n'est pas obligatoire lorsque l'occupation ou utilisation projetée est de courte durée (par exemple un événement culturel) ou que le nombre de titres à cet égard n'est pas limité (en ce cas seule une publicité devra être mise en œuvre).

- Enfin le gestionnaire sera dispensé des exigences de publicité et mise en concurrence lorsque leur mise en œuvre est impossible ou injustifiée (art. L 2122-1-3), ce qui renvoie à cinq hypothèses identifiées par le Code : un seul occupant est légitime à occuper la dépendance, un seul candidat s'est fait connaître après publicité ou bien un premier processus de sélection s'est révélé infructueux, les conditions de l'occupation sont placées sous le strict contrôle de l'autorité concédante, lorsque les caractéristiques spécifiques ou les spécificités de la dépendance domaniales justifient l'absence de mise en concurrence et publicité au regard de l'exercice de l'activité envisagée (hypothèse vague s'il en est), enfin lorsque des impératifs de sécurité publique et d'exercice de l'autorité publique l'exigent.

Dans le cadre de l'article L. 2122-1 nouveau, le gestionnaire du domaine public dispose d'une marge d'appréciation maximale quant à la forme que prendra la procédure de publicité et de mise en concurrence, le code n'exigeant que des garanties d'impartialité et de transparence. Sans doute la procédure variera-t-elle en pratique en fonction de l'importance et de la nature de l'occupation projetée.

En toute hypothèse, on voit que le législateur a entendu faire un pas complémentaire vers une vision économique plus que patrimoniale du domaine public.

3. Nature du contrat d'occupation privative du domaine public

La concession de voirie est un contrat administratif par son objet (critère jurisprudentiel classique), le décret-loi du 17 juin 1938 étant intervenu pour asseoir cette soumission au droit public (art. L. 2331-1-1° CGPPP) en attribuant compétence au juge administratif pour connaître des litiges relatifs à ces contrats quelle que soit leur forme ou leur dénomination (art. L. 2331-1-1° CGPPP).

La concession de voirie peut-être liée à une concession de service public, par exemple une cantine scolaire (délégation de service public) installée dans l'école municipale (concession de voirie). Elle peut aussi constituer un marché public et relever dès lors du code des marchés public (CE, Ass., nov. 2005, *Sté J. c. Decaux*, à propos des abribus, panneaux et cabines téléphoniques implantés par cette société sur le domaine public).

S'agissant d'un contrat administratif, l'administration dispose classiquement de prérogatives particulières **qui viennent s'ajouter à celles détenues en tant que propriétaire/affectataire du domaine public dans l'intérêt de son affectation** : par le biais (...)

(...) mettre au contrat à tout moment sous réserve d'invoquer un motif d'intérêt général. Supprimer : ces pouvoirs viennent s'ajouter(...) dans l'intérêt de celui-ci.

Ajouter : Toutefois, dans l'arrêt *Sté Jonathan Loisirs* (CE, 31 juill. 2009), le Conseil d'Etat a précisé que sauf stipulation contractuelle contraire, l'occupant dispose d'un droit à indemnisation lorsque la résiliation anticipée de son titre d'occupation pour motif d'intérêt général est indépendante de toute faute de sa part ; l'indemnisation devra tenir compte de l'intégralité du préjudice subi.

S'agissant de la durée du contrat, dans un arrêt du 5 février 2009 (CE, 5 fév. 2009, *Association société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes*), le Conseil d'Etat précise que l'absence de clause de durée dans le contrat d'occupation du domaine public n'est pas une cause de nullité, dans la mesure où le principe d'inaliénabilité implique que la personne publique puisse mettre fin au contrat à tout moment pour un motif d'intérêt général. Comme vu *supra*, désormais l'article L. 2122-2 CGPPP, tel que modifié par l'ordonnance du 19 avril 2017 impose de fixer la durée du titre accordé en vue d'une exploitation économique en tenant compte du respect de la libre concurrence, de sorte que cette durée permette l'amortissement des investissements et une rémunération équitable des capitaux investis.

En ce qui concerne la cessibilité du contrat d'occupation, la jurisprudence classique considère que le titre d'occupation ordinaire étant personnel et précaire, il ne peut être cédé. Cependant, confirmant l'arrêt du 18 septembre 2015, *Prest-Air*, par lequel le Conseil d'Etat avait accepté une telle cession sous réserve que le gestionnaire du domaine concerné ait donné son accord écrit, l'ordonnance du 10 décembre 2015 n°2015-1628 modifie l'article L.2122-7 du CGPPP en prévoyant que le titulaire de l'autorisation d'occupation peut demander à l'autorité gestionnaire de lui délivrer un agrément pour le transfert de son titre d'occupation précaire à une tierce personne (cette possibilité ne vaut pas pour les autorisations d'occupation du domaine public délivrées après une procédure de publicité et de mise en concurrence).

B. Le caractère onéreux de toute autorisation d'occupation privative

1. Le principe

Aujourd'hui le droit voire l'obligation pour l'administration de faire fructifier le domaine public plaide en faveur du versement d'une redevance en contrepartie de l'occupation accordée. Cette solution élevée au rang de principe général du droit de non gratuité des occupations privatives du domaine public (CAA Marseille, 6 déc. 2004, *Commune de Nice*) a été consacrée par l'article L. 2125-1 du CGPPP qui pose que « 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 montant de celle-ci devant tenir compte « des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation » (at. L. 2125-3 CGPPP). L'ordonnance du 19 avril 2017 précise que s'agissant des titres d'occupation délivrés par le biais un contrat de la commande publique ou des titres nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, le montant de la redevance devra être fonction de l'économie générale du contrat.

La redevance est en principe versée annuellement (...)

2. Les exceptions

(...)

Modifier le dernier § : La gratuité peut également bénéficier « aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général ».

L'ordonnance du 19 avril 2017 ajoute à l'article L. 2125-1 CGPPP une nouvelle hypothèse de gratuité possible, celle relative à l'occupation autorisée par un contrat de commande publique ou nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, dès lors que celui-ci s'exécute « au seul profit » de la personne publique.

Le juge administratif a rappelé par ailleurs (...)

II. Les effets de l'autorisation d'occupation privative

A. Le principe de précarité

1. Exposé et limites du principe

(...) et la jurisprudence se montrait plutôt souple à cet égard : (...) *Sté Strasbourg FM*).

Plus largement, par l'arrêt *Commune de Port-Vendres* du 25 janvier 2017, le Conseil d'Etat vient semer le trouble au regard de la permanence du principe de précarité en systématisant une jurisprudence jusqu'à lors rarissime (cf. CE, 14 oct. 1991, *Helie*). En effet, après avoir rappelé qu'il découle des principes généraux de la domanialité publique que l'occupant du domaine public ne dispose pas de droits acquis au renouvellement de son titre, il indique en substance que le gestionnaire du domaine doit, lorsque la demande de renouvellement lui est faite, se fonder sur la meilleure utilisation possible du domaine et les nécessités de l'intérêt général pour prendre sa décision. Il ajoute que parmi les éléments à prendre en considération, celui des contraintes pesant sur l'activité de l'occupant en termes de garantie de la continuité du service public est essentiel. Autrement dit, si le droit au renouvellement du titre n'est certes pas consacré, c'est un droit de priorité d'occupation qui ait accordé au détenteur du titre d'occupation. On pourrait dire que le maintien dans les lieux, sur demande de l'occupant, est le principe, et le non renouvellement, pour motif d'intérêt général, l'exception. La propriété publique y perd en exorbitance ; la prééminence de l'affectation semble céder face à celle de l'impératif économique. Reste à savoir comment cet examen au cas par cas des « demandes » de renouvellement pourra s'articuler avec la nouvelle exigence de publicité et mise en concurrence des autorisations d'occupation du domaine public mise en œuvre par l'ordonnance du 19 avril 2017 applicable au 1^{er} juillet 2017.

Ajouter à : « pour en savoir plus » :

P. S. Hansen, « La réforme du Code général de la propriété des personnes publiques », *JCP A*, n° 17-18, mai 2017, 2122.

Fiche 16. Les utilisations privatives constitutives de droits réels

- I. L'autorisation d'occupation temporaire assortie de droits réels
- A. Les AOTDR consenties sur le domaine public de l'Etat et de ses établissements publics
2. Les effets de l'AOTDR

(...)

En contrepartie de ce droit réel, l'occupant versera (...) continuité du service public.

La réforme du CGPPP opérée par l'ordonnance précitée du 19 avril 2017 complexifie toutefois cette possibilité de cession en exigeant pour chacune d'elle de respecter la procédure de publicité et mise en concurrence prévue au nouvel alinéa premier de l'article L 2122-1-1, de manière à satisfaire au principe d'égalité de l'accès potentiel à l'occupation du domaine public. Si l'AOTDR est retirée avant terme, (...)

- II. Le bail emphytéotique administratif
- A. Le BEA accordé par les collectivités territoriales
1. La notion

Supprimer le dernier § (de « le BEA étant une forme » à « même souhaitable »)

Ajouter : La loi du 14 mars 2011 précise que lorsque la conclusion du BEA est liée à un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou une concession de travaux publics, elle doit faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence. Plus largement, le nouvel article L. 2122-1-1 du code issu de l'ordonnance du 19 avril 2017 prévoit que dès lors que l'occupation est opérée en vue d'une exploitation économique, l'autorité administrative compétente doit organiser une publicité et une procédure permettant de respecter les exigences de transparence et d'impartialité.

Fiche 26. Les procédures spéciales d'expropriation

- I. Les procédures liées à l'état des biens expropriés
- A. L'habitat insalubre ou menaçant ruine
(art. L.511-9 C. expr.).

Il faut encore noter que le champ d'application de la procédure d'expropriation pour cause d'habitat insalubre a été étendu par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 18 janvier 2017, *Consorts B.*, qui considère que l'extension de l'expropriation à des immeubles non déclarés insalubres lorsque celle-ci est indispensable à la démolition des im-

meubles insalubres expropriés (art. L. 511-1 C. expr.) est légale y compris lorsque les immeubles « ajoutés » ne sont pas à usage d'habitation.