

Propriétés publiques Les zones d'ombre de la réforme

Il reviendra au législateur
ou au juge de lever
les doutes sur l'application
du nouveau régime.

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

Si l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a procédé à une véritable mise à jour du droit en la matière, comme cela a été détaillé dans ces colonnes (1), elle soulève toutefois quelques interrogations, que devront anticiper acteurs publics et professionnels de l'immobilier.

Le champ d'application de la procédure de publicité et de mise en concurrence

Tout d'abord, l'ordonnance est venue instaurer des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables à la délivrance de certaines autorisations d'occupation privative du domaine public. Mais le champ d'application de la procédure de publicité et de mise en concurrence, actuellement circonscrit aux titres permettant à leur titulaire « d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique », suscite à tout le moins deux difficultés.

L'occupation privative du domaine privé. En premier lieu, sont exclus l'ensemble des contrats portant sur l'occupation privative du domaine privé, ce qui interroge au regard des contraintes posées par le droit de l'Union. Certes, l'ordonnance ne pouvait pas aller au-delà de l'habilitation législative issue de l'article 34 de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, laquelle ne portait que sur « les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public ». Cependant, sur le fond, la jurisprudence de la CJUE « Promoimpresa » (2), qui a posé les bases de la soumission de certaines conventions d'occupation domaniale à une procédure d'attribution transparente, n'a pas vocation à être cantonnée par principe aux dépendances du domaine public.

Les cessions de biens publics. En second lieu, l'ordonnance du 19 avril 2017 ne comporte aucune disposition relative à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalables des cessions de biens publics. Pourtant, ses rédacteurs y étaient cette fois expressément invités par ledit article 34, habilitant 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 ». Même s'il convient de prendre acte du silence de l'ordonnance et d'en déduire qu'aucune règle spécifique ne se trouve *a priori* imposée (dans l'attente, pourquoi pas, d'une nouvelle ordonnance), une concordance entre les textes aurait été préférable pour éviter toute interrogation superflue sur l'existence ou non d'une éventuelle obligation de publicité et de mise en concurrence.

Les conditions de transfert des titres non constitutifs de droits réels

Ensuite, alors que l'ordonnance du 19 avril n'a réglementé que le transfert de certains titres d'occupation constitutifs de droits réels, l'on peut également s'interroger sur les conditions de transfert des titres non constitutifs de droits réels.

Il semble s'agir d'une omission délibérée des auteurs de l'ordonnance, le rapport de présentation au président de la République ne renvoyant en effet, sur ce point, qu'au « régime juridique applicable aux titres constitutifs de droits réels ». Néanmoins, cette omission reste surprenante, dès lors que, d'une part, les principes européens, rappelés dans la décision « Promoimpresa », n'ont pas vocation à être cantonnés aux titres d'occupation constitutifs de droits réels ; et que, d'autre part, les titres non constitutifs de droits réels sont également susceptibles d'être transférés à des tiers, sous réserve d'un accord écrit du gestionnaire du domaine (3).

Les auteurs de l'ordonnance en ont d'ailleurs pris acte, en n'excluant pas les titres d'occupation non constitutifs de droits réels du champ d'application de l'obligation de publicité et de mise en concurrence. Il est donc curieux qu'aucune règle n'ait été énoncée s'agissant de leur transfert.

Les droits des occupants privatifs

Enfin, la création d'une obligation de publicité et de mise en concurrence ne manque pas d'interroger sur la manière dont celle-ci pourra être conciliée avec les droits reconnus aux occupants privatifs du domaine public.

Le renouvellement du titre d'occupation. En premier lieu, nous rappellerons que le Conseil d'Etat a récemment affirmé que, saisi par un occupant d'une demande de renouvellement de son titre d'occupation, le gestionnaire du domaine était tenu d'examiner cette demande et ne pouvait la rejeter que pour un motif d'intérêt général suffisant (4). Sans consacrer un véritable droit acquis au renouvellement, le Conseil d'Etat a tout de même entériné un changement de paradigme : désormais, le renouvellement du titre devient le principe, qui ne peut être écarté, par exception, qu'en présence d'un motif d'intérêt général suffisant.

Toutefois, ce mécanisme risque d'être réduit à la portion congrue. Sa portée pourrait désormais être limitée, pour les titres concernés par l'obligation de publicité et de mise en concurrence, à l'exception prévue par le 4° de l'article L. 2122-1-2 du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), qui écarte cette obligation « 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 ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement [...] des relations entre l'occupant et l'autorité compétente ».



L'exploitation d'un fonds de commerce. En second lieu, la question se pose de l'articulation de l'ordonnance du 19 avril avec les règles issues de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (dite loi Pinel), reconnaissant la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public.

Pour mémoire, rappelons que ces règles, codifiées aux articles L. 2124-32-1 à L. 2124-35 du CG3P, prévoient essentiellement la faculté, pour l'acquéreur potentiel d'un tel fonds, de demander par anticipation une autorisation d'occupation temporaire du domaine public pour l'exploitation de ce fonds; ainsi que la possibilité ouverte aux ayants droit de l'exploitant du fonds, en cas de décès de ce dernier, soit de demander une autorisation d'occupation temporaire du domaine public identique, soit de présenter une personne comme successeur.

Or, dans un tel cas de figure, le nouvel article L. 2122-1-4 du CG3P prévoit que « l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente ». En l'absence de manifestation d'intérêt concurrente, la transaction pourra alors se concrétiser sans difficulté. En revanche, si un tiers manifeste un intérêt pour l'occupation de la dépendance domaniale concernée, quel sera le sort du fonds de commerce, et subséquemment, quels seront les droits de son propriétaire ?

Des interrogations concrètes

Autant de questions laissées en suspens par les rédacteurs de l'ordonnance du 19 avril 2017 et qui ne manqueront pas de se poser en pratique : tel bail portant sur le domaine privé doit-il faire l'objet d'une mise en concurrence ? Quid de telle cession de terrain public ? Ce titre domanial peut-il être transféré de gré à gré ? Comment traiter cette demande de renouvellement ? Comment gérer la procédure de cession d'un fonds de commerce exploité sur le domaine public ?

A défaut pour les pouvoirs législatif et réglementaire de s'en saisir, elles seront à n'en pas douter résolues par le juge. Mais

alors, acteurs publics et professionnels de l'immobilier n'y trouveront peut-être pas la sécurité juridique à laquelle ils sont en droit d'aspirer. ●

(1) Lire les analyses déjà publiées dans nos pages : « Occupations domaniales : la fin du gré à gré », par Hervé Letellier, « Le Moniteur » du 9 juin 2017, p. 86; et « Coup de pinceau sur la propriété des personnes publiques », par Hervé Letellier et Timothée Bassi, « Le Moniteur » du 7 juillet 2017, p. 92.

(2) CJUE, 14 juillet 2016, « Promoimpresa Srl », aff. C-458/14 et C-67/15.

(3) CE, 18 septembre 2015, « Société Prest'air », n° 387315, Rec. CE T. p. 666.

(4) CE, 25 janvier 2017, « Commune de Port-Vendres », n° 395314, Rec. CE à paraître.

Ce qu'il faut retenir

► L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a réformé le droit en la matière, mais laisse subsister quelques flous.

► Tout d'abord, aucune procédure de publicité et de mise en concurrence préalables n'est expressément affirmée pour les contrats portant sur l'occupation privative du domaine privé, ni pour les cessions de biens publics. Cela interroge au regard de la jurisprudence européenne. Ensuite, se pose la question des modalités de transfert des titres d'occupation privative non constitutifs de droits réels.

► Enfin, les praticiens devront combiner les nouvelles règles avec les droits reconnus aux occupants privatifs du domaine public. Et ce, notamment dans le cadre du dispositif issu de la loi Pinel de 2014 permettant d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public.