

L'ORDONNANCE N° 2017-562 DU 19 AVRIL 2017

INCIDENCES SUR LE DROIT DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUES

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 2 ») a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnances diverses mesures relevant du domaine de la loi en matière de droit des propriétés publiques, et plus précisément :

« 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.

Les dispositions prises en application du 2° peuvent ouvrir aux autorités compétentes la possibilité de prendre des mesures, y compris de portée rétroactive, tendant à la régularisation de leurs actes de disposition. »

Sur ce fondement, le gouvernement a adopté et publié, le 19 avril 2017, l'ordonnance n° 2017-562 relative à la propriété des personnes publiques. Les principaux apports de cette ordonnance – qui devra faire l'objet d'un projet de loi de ratification déposé devant le parlement dans un délai de 3 mois, sous peine de caducité – seront présentés ci-après.

I. – LES RÈGLES RELATIVES À L'OCCUPATION PRIVATIVE DU DOMAINE PUBLIC

En son chapitre I^{er}, l'ordonnance du 19 avril 2017 fait évoluer certaines règles relatives à l'occupation privative du domaine public.

I.1. – L'OBLIGATION DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE DE CERTAINS TITRES D'OCCUPATION PRIVATIVE

L'ordonnance du 19 avril 2017 précise les contours de l'obligation d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence pour la délivrance de certains titres d'occupation privative du domaine public, récemment dégagée par la jurisprudence européenne (CJCE 14 juillet 2016 *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14 et C-67/15).

Ces règles se retrouvent aux articles L.2122-1-1 à L. 2122-1-4 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP).

I.1.1. – D'abord, le champ d'application de cette obligation doit être circonscrit sur le plan temporel et sur le plan matériel :

- sur le plan temporel, l'article 15 de l'ordonnance prévoit que cette obligation sera applicable « *aux titres délivrés à compter du 1^{er} juillet 2017* » ;
- sur le plan matériel, l'article L.2122-1-1 du CGPPP prévoit que cette obligation ne concerne que les titres qui permettent à leur titulaire « *d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique* ».

Cette obligation connaît en outre un certain nombre d'exceptions, prévues par les articles L. 2122-1-2 et L. 2122-1-3 du CGPPP. Ainsi, l'obligation de publicité et de mise en concurrence n'est pas applicable :

- lorsque la délivrance du titre s'insère dans une opération donnant déjà lieu à une procédure de publicité et de mise en concurrence (1^o de l'article L. 2122-1-2) ;
- 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 (2^o de l'article L. 2122-1-2) ;
- lorsque l'urgence le justifie, auquel cas la durée du titre est alors limitée à un an (3^o de l'article L. 2122-1-2) ;
- 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, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente (4^o de l'article L. 2122-1-2) ;
- lorsque l'organisation de la procédure de publicité et de mise en concurrence s'avère impossible ou non justifiée, et sous réserve de rendre publiques les considérations de droit et de fait ayant conduit à se fonder sur cette exception (article L. 2122-1-3), ce qui peut être le cas, notamment :

- lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ;
- 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 ;
- 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 ;
- 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 ;
- lorsque des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient.

I.1.2. – Ensuite, s'agissant de son contenu, la procédure à mettre en œuvre sera différente selon l'hypothèse dans laquelle on se trouve :

- premièrement, 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 est uniquement tenue de procéder à une publicité préalable, **sans mise en concurrence stricto sensu** (article L.2122-1-1 § 2) ; cette publicité devant être « *de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution* » ;
- deuxièmement, si l'on ne se trouve dans aucune de ces deux hypothèses, l'autorité compétente est tenue de mettre en œuvre **une procédure de publicité et de mise en concurrence**, dont elle définit librement les caractéristiques – sous réserve, naturellement, que cette procédure présente toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comporte des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester (article L.2122-1-1 § 1).

Il convient de préciser que la circonstance que la délivrance du titre soit sollicitée spontanément par l'entreprise qui souhaite en bénéficier n'exonère pas l'autorité administrative compétente du respect de cette obligation. En effet, l'article L. 2122-1-4 prévoit que « *l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente* ».

À noter : Cette obligation d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence ne s'applique qu'à des titres d'occupation privative du **domaine public**. Conformément au cadre qui était fixé par l'article 34 de la loi Sapin 2, le gouvernement n'a rien prévu s'agissant du domaine privé des personnes publiques. Cependant, cela n'exonère pas ces dernières de toute vigilance à cet égard, dans la mesure où le

droit de l'Union européenne, qui est à l'origine de cette évolution du droit domanial, est indifférent à la distinction entre domaine public et domaine privé.

I.2. – LES RÈGLES DE TRANSFERT DE CERTAINS TITRES D'OCCUPATION PRIVATIVE

Par voie de conséquence, l'ordonnance du 19 avril 2017 modifie les règles relatives au transfert de certains titres d'occupation privative du domaine public. Ainsi, la possibilité de transférer les titres concernés est considérablement réduite lorsqu'ils sont attribués à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence :

- s'agissant des autorisations d'occupation du domaine public de l'État constitutives de droits réels, le premier alinéa de l'article L. 2122-7 du CGPPP a été complété par la phrase suivante : « *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* » ;
- s'agissant du BEA dit « valorisation » (portant sur des immeubles de l'État ou de chambres consulaires) et du BEA des collectivités territoriales, la phrase « *Par dérogation à l'alinéa précédent, les droits résultant du bail ne peuvent faire l'objet d'une cession lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre, prévues à l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, s'y oppose* » a été ajoutée respectivement aux articles L. 2341-1 du CGPPP et L. 1311-3 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

La signification précise de ces dispositions, et notamment des termes « *lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre [...] s'y oppose* », reste incertaine en l'absence d'interprétation jurisprudentielle. Dans l'attente d'une telle interprétation, il semble *a priori* raisonnable de lire ces dispositions à la lumière de la jurisprudence *Pressetext*, rendue en matière de marchés, et selon laquelle la substitution d'un nouveau cocontractant 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* » (CJCE 19 juin 2008 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, pt 40).

À noter : Aucune disposition comparable n'a été prévue pour les autorisations d'occupation du domaine public des collectivités territoriale constitutives de droits réels, régies par les articles L.1311-5 et suivants du CGCT. De même, aucune disposition de ce type n'a été prévue pour les titres d'occupation privative non constitutifs de droits réels. Cependant, l'effet utile de l'obligation de publicité et de mise en concurrence, qui trouve son origine dans le droit de l'Union européenne, pourrait recommander d'appliquer des règles identiques à l'ensemble des titres faisant l'objet d'une telle obligation.

I.3. – LES RÈGLES RELATIVES AU CONTENU DES TITRES D'OCCUPATION PRIVATIVE

L'ordonnance du 19 avril 2017 ajoute de nouvelles règles relatives au contenu des titres d'occupation, s'agissant de leur champ d'application, de leur durée et du montant des redevances qu'ils prévoient.

I.3.1. – D'abord, s'agissant de leur champ d'application, les titres d'occupation privative du domaine public peuvent désormais avoir pour objet des parcelles du domaine privé des personnes publiques, lorsque leur affectation future à l'utilité publique est projetée, et sous réserve de respecter certaines conditions.

Ainsi, l'article L.2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques, qui disposait uniquement, jusqu'alors, « *Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous* », a été complété par les deux alinéas suivants :

« 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. »

I.3.2. – Ensuite, s'agissant de leur durée, les titres d'occupation privative du domaine public qui permettent au titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique sont davantage encadrés.

Désormais, l'article L.2122-2 du code général de la propriété des personnes publiques prévoit que la durée de ces titres « *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* ».

Relevons que cette règle a un champ d'application plus large que l'obligation d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence. Elle s'applique à tout titre d'occupation qui « *permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique* », ce qui signifie qu'elle s'applique également à ceux qui, par exception, sont exonérés de toute procédure de publicité et mise en concurrence, en vertu des articles L. 2122-1-2 et L. 2122-3 du code général de la propriété des personnes publiques.

I.3.3. – Enfin, s'agissant des redevances pour occupation privative du domaine public, une disposition est ajoutée pour les titres d'occupation conférés par un contrat de la commande publique ou nécessaires à l'exécution d'un tel contrat.

Jusqu'à présent, le calcul des redevances d'occupation était déjà encadré par les articles L.2125-1 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques. L'ordonnance du 19 avril 2017 a ajouté un dernier alinéa à cet article, lequel prévoit 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. » .

II. – LES RÈGLES RELATIVES AUX DÉCLASSEMENTS ET CESSIONS DE BIENS DU DOMAINE PUBLIC

En son chapitre 2, l'ordonnance du 19 avril 2017 fait évoluer certaines règles relatives aux déclassements et aux cessions de biens relevant du domaine public.

II.1. – LES RÈGLES RELATIVES AUX DÉCLASSEMENTS

L'ordonnance du 19 avril 2017 étend et modifie la procédure de déclassement anticipé, prévue par l'article L. 2141-2 du CGPPP.

II.1. – D'abord, l'extension du champ d'application de cette procédure est double :

- sur le plan organique, cette procédure qui était auparavant applicable « au domaine public artificiel de l'État, des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics » est désormais applicable « au domaine public artificiel des personnes publiques » ; cette nouvelle formulation a donc pour effet d'étendre cette procédure aux personnes publiques *sui generis* ;
- sur le plan matériel, cette procédure ne vise plus seulement les biens du domaine public affectés à un service public, mais également ceux qui sont affectés à l'usage direct du public.

II.1.2. – Ensuite, les modifications relatives à la mise en œuvre de cette procédure sont également au nombre de deux :

- premièrement, la durée fixée par l'acte de déclassement, au terme duquel doit intervenir la désaffectation, ne peut plus être encadrée par décret ; seule demeure la limite législative, qui prévoit que « Cette durée ne peut excéder trois ans » et le législateur a ajouté que, par exception, « 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 » ;

- deuxièmement, dans l'hypothèse d'une cession du bien déclassé par anticipation, l'article L. 2141-2 prévoit désormais que l'acte de vente doit 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* ».

II.2. – LES RÈGLES RELATIVES AUX CESSIONS

L'ordonnance du 19 avril 2017 comporte de nouvelles dispositions en matière de cessions de biens publics.

II.2.1. – D'abord, elle crée un article L.3112-4 du CGPPP, qui instaure une nouvelle dérogation au principe d'inaliénabilité des biens du domaine public :

« 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. ».

À cet égard, l'on peut relever que cette dérogation est limitée dans sa portée, car elle permet de conclure une promesse de vente ou d'attribuer un droit réel civil, mais ne permet pas – au sens strict – de vendre le bien concerné.

En outre, cette dérogation est assortie de garanties pour le service public et les libertés publiques. Ainsi, en ses alinéas 2 et 3, cet article L.3112-4 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. / 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. ».

Néanmoins, le texte n'explique pas les modalités d'articulation de cette disposition avec la procédure de déclassement anticipé, évoquée ci-avant.

II.2.2. – Ensuite, l'ordonnance du 19 avril 2017 a ajouté un 8° à l'article L.3212-2 du code général de la propriété des personnes publiques, relatif à la cession gratuite de certains biens meubles de l'État et de ses établissements publics.

Désormais, peuvent être réalisées à titre gratuit « *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* ». À cet égard, le texte précise que « *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 ».

À noter : Contrairement à ce que prévoyait l'article 34 de la loi Sapin 2, l'ordonnance du 19 avril 2017 n'a rien prévu s'agissant des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables aux opérations de cession. Or, si une telle procédure existe déjà pour certains immeubles de l'État (article R. 3211-2 du code général de la propriété des personnes publiques), tel n'est pas le cas pour les autres personnes publiques.

II.3. – LES RÈGLES RELATIVES À LA RÉGULARISATION DES ACTES DE DISPOSITION

L'article 12 de l'ordonnance du 19 avril 2017, non codifié, dispose :

« 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.

Les dispositions des articles L. 3112-1 et L. 3112-2 du code général de la propriété des personnes publiques sont applicables aux cessions et échanges entre personnes publiques réalisés antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 21 avril 2006 susvisée. »

Cette disposition vise, conformément à l'article 34 de la loi Sapin 2, à « ouvrir aux autorités compétentes la possibilité de prendre des mesures, y compris de portée rétroactive, tendant à la régularisation de leurs actes de disposition ». Elle permet essentiellement aux personnes publiques ayant cédé un bien désaffecté mais non déclassé – et qui, de fait, relevait et relève toujours du domaine public – de déclasser rétroactivement ce bien afin de régulariser la cession, laquelle est alors réputée avoir porté sur un bien du domaine privé.