

# Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°228 du 4 janvier 2012

[Domaine public] Questions à...

## Le contenu du nouveau volet réglementaire du Code général de la propriété des personnes publiques — Questions à Maître Rachel Cattier, cabinet AdDen avocats

N° Lexbase: N9338BSN



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

Plus de cinq ans après la codification de la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 (N° Lexbase : L3736HI9), les pouvoirs publics ont (enfin) adopté la partie réglementaire de ce code, par un décret n° 2011-1612 du 22 novembre 2011, relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du Code général de la propriété des personnes publiques (N° Lexbase : L2648IRI). Celle-ci est entrée en vigueur le 25 novembre 2011. A cette occasion, Lexbase Hebdo — édition publique a souhaité interroger Rachel Cattier, avocate au sein du cabinet AdDen avocats, sur les apports de cette codification réglementaire.

**Lexbase :** Tout d'abord, cette codification s'accompagne-t-elle de modifications notables du droit de la domanialité publique ?

**Rachel Cattier :** On aurait pu penser que ces précisions réglementaires, si longtemps attendues, auraient été l'occasion, sinon de modifier, mais à tout le moins de recadrer les règles d'occupation du domaine et leur interaction avec d'autres aspects de la réglementation qu'ont à connaître les personnes publiques, notamment les règles de la commande publique. Telle n'est manifestement pas l'ambition de cette codification réglementaire. On peut relever ici que les autorisations d'occupation du domaine public (AOT) de l'Etat, même assorties de droits réels, ne sont toujours pas soumises au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, tout comme celles des collectivités locales, d'ailleurs (1), ce qui confirme les approches jurisprudentielles des affaires dites du "stade Jean Bouin" (2) et du "Parc des Princes" (3) : l'occupation domaniale n'est pas une commande publique -à l'exception inchangée des AOT "sectorielles" conclues dans les secteurs de la sécurité (justice, police, gendarmerie, défense)-.

Pour mémoire, ces AOT "sectorielles", spécifiques, correspondent pleinement à une commande publique, un ouvrage étant réalisé pour les besoins des services publics régaliens visés. A cet égard, la partie réglementaire du Code général de la propriété des personnes publiques reproduit, sous réserve de quelques aménagements, les

procédures de publicité et de mise en concurrence propres à la commande publique qui leur étaient déjà applicables (appel d'offres restreint, procédure négociée, dialogue compétitif) (4). L'essentiel du décret constitue, ainsi, une codification à droit constant, agrémentée de quelques modifications éparses à la portée anecdotique (comme l'encadrement du délai d'acceptation des legs par l'Etat dans un délai de douze mois, ou encore l'instauration d'un recours administratif préalable obligatoire avant tout contentieux domanial judiciaire de l'Etat (5) -dont la portée devrait être limitée-) et de certains ajustements dans l'organisation de l'administration domaniale de l'Etat, pour tenir compte, notamment, de la fusion des services fiscaux et de ceux de la comptabilité publique au sein de la direction générale des finances publiques.

La partie la plus intéressante concerne sans doute les dispositions relatives aux autorisations d'occupation temporaire du domaine public. Sont détaillées les règles qui leur sont applicables sous trois angles, allant du plus large au plus précis : d'abord, les autorisations d'occupation du domaine public de manière générale, puis celles accordées par l'Etat qui sont constitutives de droits réels, et enfin les AOT "sectorielles". Nous retenons deux points, inégalement intéressants : l'encadrement de l'indemnisation d'un retrait de titre d'occupation du domaine public pour motif d'intérêt général, et certaines précisions, notamment financières, relatives aux autorisations constitutives de droits réels sur le domaine public.

### **Lexbase : Quelle est la portée de l'encadrement de cette indemnisation en cas de retrait d'un titre d'occupation domaniale pour un motif d'intérêt général ?**

**Rachel Cattier** : Là est précisément toute la question que pose l'adoption de cet article R. 2125-5 du Code général de la propriété des personnes publiques (N° Lexbase : L3140IRQ), qui encadre, désormais, l'indemnisation du retrait d'une autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public pour un motif d'intérêt général. Relevons tout de suite que, si le code évoque l'hypothèse où une autorisation est "retirée", il ne semble pas, toutefois, qu'une telle formulation vise le "retrait" d'un acte administratif unilatéral. En effet, l'article R. 2122-1 (N° Lexbase : L2986IRZ) précise expressément que l'autorisation d'occuper le domaine public peut être indifféremment consentie par voie unilatérale ou conventionnelle, et l'article R. 2125-5 ne spécifie pas qu'il réserverait son application à celles accordées unilatéralement. Pour viser l'ensemble des cas où il est mis fin avant son terme à une autorisation d'occupation, les rédacteurs auraient pu choisir le terme plus adéquat d'"interruption".

Dorénavant, en cas de retrait anticipé pour un motif d'intérêt général d'une autorisation d'occupation, outre le remboursement du montant de la redevance payée d'avance, le titulaire peut prétendre au versement d'une indemnité égale, sous déduction de leur amortissement, au montant des dépenses exposées pour la réalisation des équipements et installations expressément autorisés, fixé sur la base des dépenses réelles justifiées par l'occupant. Cette indemnité n'est due que dans la mesure où les ouvrages et installations subsistent à la date du retrait : en principe, l'occupant est tenu de les détruire au terme de son occupation.

Une telle indemnisation représente une innovation s'agissant des occupations autorisées unilatéralement, pour lesquelles le juge avait tendance à refuser toute indemnisation en cas de retrait pour motif d'intérêt général (6). A l'inverse, les règles générales applicables aux contrats administratifs avaient récemment amené la jurisprudence à consacrer le principe d'indemnisation de l'entier préjudice direct et certain résultant de la résiliation dans l'intérêt général d'une convention d'occupation domaniale, même dans le silence du contrat, et une telle réparation pouvait couvrir, notamment, la perte des bénéfices découlant d'une occupation du domaine conforme aux prescriptions de la convention (7). Désormais, le texte ne vise, outre le remboursement de la redevance payée d'avance, que l'indemnisation des dépenses d'investissement pour la réalisation des équipements et installations réalisés et conservés. Tout le débat portera donc sur le point de savoir si ce texte est, ou non, exhaustif quant aux préjudices susceptibles d'être réparés du fait du retrait d'une autorisation d'occupation pour motif d'intérêt général, et s'il pourrait y être dérogé par contrat.

### **Lexbase : Les précisions apportées sur la constitution d'un droit réel sur le domaine public permettent-elles de clarifier la pratique des AOT ?**

**Rachel Cattier** : La partie réglementaire du Code général de la propriété des personnes publiques reproduit pour l'essentiel les règles déjà applicables à toute constitution d'un droit réel sur le domaine public de l'Etat, qu'il s'agisse d'une AOT classique, ou d'une AOT à laquelle est associée une location avec option d'achat, c'est-à-dire une AOT/LOA sectorielle (police, justice, gendarmerie).

Encore une fois, le plus notable est ce que ce décret ne modifie pas. A cet égard, on peut donc regretter ici que la codification n'ait pas précisé certaines modalités de constitution de ces droits réels pour les collectivités locales (8), alors qu'un encadrement à cet égard aurait sans doute permis d'en faciliter l'institution comme la pratique. A l'appui de sa demande de titre constitutif de droits réels, sans innovation, l'aspirant occupant doit produire des justifications de sa capacité technique et financière à entreprendre et mener à terme les travaux projetés (9). Et,

comme auparavant, le titre accordant le droit réel comporte "*l'énoncé des conditions auxquelles ce droit est conféré*", lesquelles visent, notamment, "*les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier à édifier*", mais aussi "*les obligations de service public imposées au titulaire de l'autorisation*" (10).

Ces dispositions s'appliquent donc aux AOT "sectorielles", sans pour autant s'y adapter véritablement. Ainsi, les éléments liés aux capacités techniques et financières du candidat auront déjà été contrôlés lors de la procédure de passation de ces AOT "sectorielles", et le contrat conclu à l'issue de la procédure aura vocation à encadrer les différentes obligations, y compris de "service public" dont le titulaire sera chargé. Se pose la question de savoir si le service responsable de l'instruction de la demande de constitution du droit réel serait fondé à la refuser pour défaut de capacités, alors que le service responsable de la procédure de passation aura sélectionné le candidat. Enfin, *quid* du cas où la délivrance du titre s'accompagnerait d'obligations de service public non mentionnées pendant la procédure, et qui viendraient *in fine* modifier substantiellement les conditions d'occupation du domaine ? Rien n'est précisé par la partie réglementaire du code à cet égard.

Enfin, certaines dispositions financières propres aux AOT constitutives de droits réels sont précisées. Ainsi, l'article R. 2125-14 du Code général de la propriété des personnes publiques (N° Lexbase : L3149IR3) indique que, lorsque l'AOT est constitutive de droits réels, elle donne lieu (sauf règlements particuliers) au paiement d'une redevance qui tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation, conformément à l'article L. 2125-3 (N° Lexbase : L4561IQY). S'il est besoin de le préciser, cela semble signifier que les dispositions financières édictées pour les autorisations d'occupation du domaine public ne sont pas applicables par principe à celles constitutives de droits réels. A cet égard, il n'est pas indiqué que l'article R. 2125-5 (N° Lexbase : L3140IRQ) relatif aux nouvelles règles d'indemnisation en cas de retrait d'une autorisation pour motif d'intérêt général s'appliquerait à celles constitutives de droits réels, et l'article R. 2122-17 (N° Lexbase : L3002IRM) indique, à ce sujet, que le titre constitutif du droit réel "*peut, également, préciser les règles de détermination de l'indemnité couvrant le préjudice direct, matériel et certain causé par son retrait avant le terme prévu pour un motif autre que l'inexécution de ses conditions*", sans jamais renvoyer à l'article R. 2125-5 ou à la formulation que celui-ci emploie.

Cette codification réglementaire laisse donc irrésolues certaines questions préexistantes, et en pose de nouvelles.

(1) Pour les collectivités locales, la passation des baux emphytéotiques administratifs a été récemment soumise par principe au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence (CGCT, art. L. 1311-2 [LXB=L7666IPM], modifié par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure N° Lexbase : L5066IPC -les modalités précises n'ont pas encore été adoptées par décret-), et les BEA sectoriels "sécurité" doivent être précédés d'une évaluation préalable telle qu'elle est prévue à l'article L. 1414-2 du CGCT (N° Lexbase : L1915IBK). Au contraire, leurs AOT restent toujours non soumises au respect d'une procédure de publicité ou de mise en concurrence.

(2) CE, Sect., 3 décembre 2010, n° 338 272 et n° 338 527, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A4439GMD).

(3) CE, S., 11 juillet 2011, n° 339 409, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A0285HWH).

(4) Décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004, pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'Etat (N° Lexbase : L7940DNE), désormais abrogé.

(5) CGPPP, art. R. 2331-9 (N° Lexbase : L3231IR4), les contentieux listés couvrent l'essentiel des problématiques domaniales.

(6) Arrêt de principe : CE, 6 mai 1932, Dlle Taillandier, Rec. CE p. 466, D., 1934, III, 18, conclusions Rousselier, note Duclos, Sirey, 1932, 3.65, note P. L. ; voir, pour une jurisprudence plus récente, CAA Marseille, 6ème ch., 4 juillet 2006, n° 04MA02 122, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A8987DQW) : "[...] *Considérant [...] qu'à la différence de l'occupant autorisé par un simple acte administratif unilatéral, le bénéficiaire d'une autorisation contractuelle d'occupation du domaine public, s'il ne peut solliciter une indemnité en cas de non-renouvellement de son contrat à l'échéance prévue, est en droit de demander réparation des conséquences dommageables d'une résiliation unilatérale, en cours d'exécution du contrat, prononcée par l'administration dans l'intérêt du domaine et en l'absence de faute du cocontractant [...]*".

(7) CE 2° et 7° s-s-r., 31 juillet 2009, n° 316 534, aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A1347EK4).

(8) Les AOT constitutives de droits réels des collectivités locales restent régies par les articles L. 1311-5 (N° Lexbase : L7347HIX) et suivants du Code général des collectivités territoriales, sans précisions réglementaires.

(9) CGPPP, art. R. 2122-13 (N° Lexbase : L2998IRH).

(10) CGPPP, art. R. 2122-16 (N° Lexbase : L3001IRL).