HAL
open science

La circulation des biens publics affermie par ordonnance, Dr. adm., 2017, Focus, alerte 86

Christophe Roux

To cite this version:

Christophe Roux. La circulation des biens publics affermie par ordonnance, Dr. adm., 2017, Focus, alerte 86. Droit administratif, 2017. hal-01673417

HAL Id: hal-01673417

https://univ-lyon3.hal.science/hal-01673417v1

Submitted on 24 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La circulation des biens publics affermie par ordonnance

Focus par Christophe ROUX professeur de droit public - université Lumière – Lyon 2 - droits, contrats et territoires (EA 4573)

Dr. adm. 2017, alerte 86.

Ord. n° 2017-562, 19 avr. 2017, relative à la propriété des personnes publiques : JO 20 avr. 2017, texte n° 8.

Après un « Acte I » fondateur, matérialisé par l'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), un « Acte II » tardif concrétisé par l'adoption de sa partie réglementaire, l'« Acte III » du mouvement réformiste de la propriété publique est sans doute en train de se jouer sous nos yeux. Si le premier quinquennat d'exercice du CGPPP avait été discret en mutations, le second en a été indubitablement moins avare ; plus sûrement encore, c'est dans les trois dernières années que l'on peut percevoir une accélération tangible des novations, ceci plus particulièrement s'agissant du droit des occupations privatives, que l'on songe à la reconnaissance de la cessibilité des titres d'occupation domaniale (*CE, 18 sept. 2015, n° 387315, Sté Prest'air : JurisData n° 2015-020567*) ou à la faculté de constituer un fonds de commerce sur le domaine public (*L. n° 2014-626, 18 juin 2014, art. 72 : JO 19 juin 2014*). Quoique le mouvement de fond ne soit pas nécessairement conclu, il semble momentanément parachevé par l'adoption de l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques. Légitimement, ce sont les éléments de rupture contenus en son sein qui retiennent d'abord l'attention ; ainsi en va-t-il de la consécration tant attendue d'une obligation de transparence préalable à la dévolution des titres d'occupation du domaine public (V. dans ce numéro, l'étude qui y est consacrée). L'ordonnance mérite toutefois, à titre égal, une attention au regard des éléments de continuité qui la traversent, comme il en va des nouvelles dispositions portant affermissement de la circulation des biens publics. Pour boucler la boucle, il sera d'ailleurs envisageable, par-delà les ruptures et continuités, de percevoir l'unité profonde des innovations qu'emporte l'ordonnance , en convoquant l'idée directrice – un brin galvaudée – de valorisation. Nul doute à cet égard que la fluidification des conditions de circulation des biens publics entérinée par le CGPPP entendait déjà participer de ce dessein. Ainsi que l'avait perçue la doctrine, celle-ci n'avait toutefois été rendue possible qu'au prix d'entorses caractérisées au principe d'inaliénabilité dont la valeur – seulement (*Cons. const., 21 juill. 1994, déc. n° 94-346 DC*) – législative avait alors éclaté au grand jour. C'est cette veine saillante que vient aujourd'hui irriguer à son tour la présente ordonnance : découplant et désordonnant toujours davantage le triptyque liant désaffectation, déclassement et – le cas échéant – cession, elle vient injecter une nouvelle dose de relativité au principe d'inaliénabilité, dont les linéaments avec l'appropriation publique ne cessent de se déliter.

Déclassement par anticipation. – Toute sortie d'un bien du domaine public est normalement inconcevable sans que, préalablement, la désaffectation puis le déclassement – venant constater la réalité de la première (*CE, 30 oct. 1987, n° 65367, Cne Levallois-Perret*) – du bien aient été actés (*CGPPP, art. L. 2141-1*). Nul n'ignore que, le plus souvent, c'est l'absence du second qui nourrit le contentieux, étant entendu que le droit français marque ici un attachement asymétrique au formalisme, l'acte de classement ayant, contrairement au déclassement, une portée assez ésotérique. De manière inversée, symbolisant le divorce entre désaffectation et déclassement,

l'article L. 2141-2 du CGPPP avait ouvert la faculté pour l'État et ses établissements publics de prononcer le déclassement de certains biens – prélude à leur cession –, alors même qu'ils n'auraient pas été désaffectés, sous réserve que cette désaffectation soit aménagée par l'acte de déclassement lui-même et ceci dans un délai maximal de 3 ans. C'est au sujet de cette disposition que l'ordonnance opère un premier toilettage : en visant désormais tous les biens du « domaine public artificiel des personnes publiques », celle-ci innove à un double niveau.

En premier lieu, là où seuls les biens affectés à un service public étaient autrefois concernés, il en ira désormais aussi de ceux affectés à l'usage du public. Cette première novation en génère une seconde puisque, aux termes du nouvel article L. 2142-2, l'acte de vente devra comporter, en sus d'une clause de résolution de plein droit si la désaffectation n'est pas prononcée, 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 ». Au travers de cette formule, l'on retrouvera sans mal l'idée selon laquelle, là où la protection du domaine public « peinait à trouver un fondement constitutionnel, la présence d'un service public [l'] alimente désormais » (*S. Nicinski, Le domaine public : de la crise à la reconstruction, Mélanges Morand-Deviller : Montchrestien 2007, p. 659*), autant que la protection due aux libertés publiques. Autrement dit, dans le sillage de la jurisprudence constitutionnelle (*Cons. const., 21 juill. 1994, déc. n° 94-346 DC, préc. – Cons. const., 26 juin 2003, déc. n° 2003-473 DC*), l'inaliénabilité protège avant tout l'affectation, celle-ci pouvant dès lors s'accommoder – au moins provisoirement – d'un régime de propriété privée pourvu qu'il soit assorti de garanties suffisantes la protégeant. Quoique propriété privée et exercice des libertés publiques puissent cohabiter, l'on pourra toutefois se permettre de glisser une note de scepticisme sur la compatibilité « libertaire » de cette privatisation des espaces. En second lieu, entérinant les avancées issues de la loi « Sapin II » (*L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JO 10 déc. 2016, texte n° 2*), la disposition étend aux collectivités territoriales et à leurs groupements cette faculté qui, autrefois, ne concernait que l'État. Il y a tout lieu de se réjouir de cette extension qui était réclamée par les élus et représentants locaux (*V. par ex. QO Sénat, n° 0215 S, H. Tandonnet : JO Sénat, 8 nov. 2012, p. 2510*). On aurait sans doute pu (dû ?) s'en tenir là mais, ici comme ailleurs, le législateur délégué a néanmoins choisi de réserver un traitement de faveur aux collectivités territoriales : il leur appartiendra en effet d'une part, en cas de cession, d'adopter une délibération motivée « sur la base d'une étude d'impact pluriannuelle tenant compte de l'aléa » ; d'autre part, dans l'acte de vente, elles devront organiser les conséquences potentielles d'une résolution, en provisionnant le montant des pénalités afférentes. En détournant les mots d'Adolphe Thiers, il s'agit par cette exigence « *de ne pas prendre au dépourvu (...) » des collectivités « (...) ordinairement peu prévoyantes* » (*De la propriété, 1848, p. 368*) ; ces dernières apprécieront sans doute la manifestation de défiance.

Enfin, l'ordonnance vient opportunément étendre la durée au cours de laquelle la désaffectation devra être effective. Si le délai de principe est maintenu à 3 ans, il pourra être porté à 6 lorsque la désaffectation « dépend de la réalisation d'une opération de construction, restauration et réaménagement ». L'extension était plébiscitée par les décideurs publics autant que par les praticiens (*V. P. Leufflen, Préoccupations notariales à l'occasion des ventes publiques immobilières, in G. Clamour, Propriété et contrats publics : LexisNexis, 2013, p. 145*) ; l'on peut en effet s'en satisfaire : en pratique, lorsqu'une collectivité cédait l'un de ses biens encore affecté – afin, notamment, de financer la construction du nouveau –, il n'était pas rare que l'opération de remplacement excède cette durée triennale, fragilisant dès lors la viabilité de ces cessions anticipées.

Cession sous conditions suspensives de déclassement. – La seconde innovation de l' ordonnance tient tout entière dans la rédaction d'un nouvel article L. 3122-4 au sein du CGPPP,

visant à remédier à une problématique régulièrement rencontrée en pratique : la validité douteuse des promesses de vente de biens du domaine public sous condition suspensive de désaffectation et/ou déclassement (V. *sur le sujet, L. Aynès, E. Fatôme et M. Raunet, Les promesses de vente de bien du domaine public sous condition suspensive de déclassement : AJDA 2014, p. 961. – I. Omajree, Une collectivité publique peut-elle consentir une promesse de vente sur une dépendance de son domaine public ? : RLCT 2009, n° 1346*). Sur ce point, la jurisprudence ne brillait pas par sa clarté : certaines juridictions du fond en admettaient, semble-t-il, la validité (*CAA Nancy, 10 juin 2013, n° 12NC00341, Socogim : JurisData n° 2013-015275*), tandis que d'autres (*CAA Versailles, 23 mars 2006, n° 05VE00070, Cne Chesnay*), ainsi que le Conseil d'État (*CE, 1er mars 1989, n° 71140, Béro*), s'en tenaient à une appréciation stricte du principe d'inaliénabilité pour s'y opposer. La nouvelle disposition se range à la première position, en légitimant le recours à de tels avant-contrats, « 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 du public justifient que cette désaffectation permettant le déclassement ne prenne effet que dans un délai fixé par la promesse ». À vrai dire, la légalité de tels montages reste – encore – douteuse, au regard de deux aspects.

Du côté du droit privé, c'est le caractère hypothétiquement potestatif (C. civ., art. 1304-2) de la condition de désaffectation et/ou déclassement qui avait pu fonder l'illégalité de ces promesses. En clair, elles étaient jugées illicites dans la mesure où la désaffectation future dépendait de la seule volonté de la collectivité cédante. Si cette perception paraît quelque peu extrémiste, force est de constater que l'inaliénabilité autorise l'autorité gestionnaire à organiser assez librement la sortie des biens du domaine public. Restait dès lors à admettre, à l'instar de la jurisprudence civile (*Cass. 3e civ., 6 févr. 2002, n° 99-13.308*), que de telles promesses ne sont pas « purement » mais « simplement » potestatives, la décision n'étant pas discrétionnaire mais guidée alors par des critères objectifs et vérifiables (*B. Dondero, De la condition potestative licite : RTD civ. 2007, p. 677*). C'est dans cette porte entrebâillée que la nouvelle disposition se glisse, en prévoyant que de telles promesses seront valables, mais seulement si elles comportent des clauses précisant que la vente restera « subordonnée à l'absence (...) 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 ». Autrement dit, objectivée par deux évènements présentés comme indépendants de la volonté du gestionnaire (la préservation de la continuité du service public et des libertés dont le domaine public est le siège), la condition serait, dans cette hypothèse « simplement » potestative. À notre sens, l'idée reste contestable, au moins s'agissant de la première variable : outre que la collectivité peut être (volontairement) défaillante à assurer cette continuité, l'existence d'un service public résulte elle-même d'un phénomène de plus en plus volontariste (*CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, APREI*). À supposer l'obstacle franchi, c'est du côté du droit public que la contrariété subsiste, la signature de telles promesses sous condition suspensive constituant une atteinte au principe d'indisponibilité des compétences, lequel s'oppose à ce que les collectivités puissent s'engager sur l'exercice (futur) de leur pouvoir de décision unilatérale. Force est de constater que ce « détail » n'avait pas ému le juge administratif (V. *CAA Lyon, 20 oct. 2011, n° 10LY01089, Sté Eiffage immobilier*) ; le législateur non plus visiblement. En maniant l'euphémisme, on en conclura qu'il s'agit là d'une vision pour le moins compréhensive du principe : le choix de favoriser la circulation et la cession des biens publics est probablement, sans mauvais jeu de mots, à ce prix.

Cessions et déclassement rétroactif. – C'est peut-être par une lecture en creux de ces innovations, inconnues auparavant par définition, que la raison d'être de l'article 12 de l'ordonnance apparaît peut-être le mieux. Ce dernier vient en effet aménager une faculté de

régularisation des actes de disposition antérieurs à la présente ordonnance, ayant porté sur des dépendances du domaine public non (ou mal) déclassées à la date de cession. Concrètement, la disposition autorise les personnes publiques compétentes à procéder au déclassement rétroactif de manière à purger les vices affectant la cession originelle. Proposé par le passé (*Prop. 109e Congrès des notaires, Propriétés publiques : quels contrats pour quels projets ?, p. 439-440*), le mécanisme autorise ce faisant à endiguer les rigueurs combinées du principe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité impliquant, dans cette hypothèse, la nullité de la vente. Cette régularisation n'apparaît pas aussi illégitime qu'il y paraît à première vue, si l'on veut bien admettre que, la plupart du temps, la méconnaissance du principe d'inaliénabilité n'était pas intentionnelle. Elle pouvait notamment naître d'une application erronée des critères d'identification du domaine public, plus particulièrement encore, des conséquences de l'arrêt ATLARL (*CE, 8 avr. 2013, n° 363738 : JurisData n° 2013-006770*) admettant qu'un bien entré dans le domaine public par le biais de la théorie du domaine public virtuel, n'en est pas sorti du simple fait de l'édiction du CGPPP. On peut encore penser à l'hypothèse des transferts de biens entre personnes publiques opérés sans déclassement préalable, à l'époque où l'inaliénabilité s'y opposait, contrairement à aujourd'hui (*CGPPP, art. L. 3112-1*). L'article 12 vient à cet égard conférer également un effet rétroactif aux articles L. 3112-1 et L. 3112-2 du CGPPP relatifs aux cessions et échanges opérés, sans déclassements préalables, entre personnes publiques.

Le dispositif vient en tout cas pallier les incomplétudes d'un corpus, aux allures désormais d'arsenal, destiné à sécuriser a posteriori les ventes irrégulières. Celui-ci prend en effet le relais de facultés déjà connues. Outre que la jurisprudence Danthony (*CE, 23 déc. 2011, n° 335033 et n° 335477 : JurisData n° 2011-029061 ; RFDA 2012, p. 284 concl. G. Dumortier*) peut favorablement œuvrer en la matière (*CE, 23 oct. 2015, n° 369113, Sté CFA Méditerranée : JurisData n° 2015-023391 ; AJDA 2015, p. 2382, concl. B. Bohnert*), le juge administratif admet en tout état de cause qu'il est possible de régulariser rétroactivement un acte détachable d'un contrat de vente, affecté d'un vice de forme ou de procédure (*CE, 8 juin 2011, n° 327515, Cne Divonne-les-Bains : JurisData n° 2011-011019 ; BJCP 2011, n° 78, concl. B. Dacosta*), cette régularisation pouvant se doubler de celle du contrat (*CE, 31 juill. 2009, n° 296964, Ville Grenoble : JurisData n° 2009-007913 ; BJCP 2009, p. 460, concl. N. Boulouis*). Depuis l'arrêt Commune de Béziers (*CE, sect., 28 déc. 2009, n° 304802 : JurisData n° 2009-017292*), le juge du contrat peut encore préférer la régularisation à la sanction résolutoire, dès lors que les vices ne sont pas jugés d'une particulière gravité. Ces deux facultés n'en restaient pas moins insuffisantes en l'espèce : d'une part, outre que le vice doit être jugé ici substantiel, l'absence potentielle de tout acte de déclassement originel pouvait empêcher la régularisation ; d'autre part, cette méconnaissance devait conduire le juge du contrat, sous la seule réserve de l'atteinte excessive à l'intérêt général, à prononcer la nullité.

Autant dire que, en ramassant le propos, l'ordonnance du 19 avril 2017 vise le plus souvent à conforter la circulation des biens publics dans sa face « externe » la plus aboutie (la circulation vers les patrimoines privés). Et s'il n'y a pas lieu, bien entendu, de réprouver par essence une telle finalité, l'on pourra néanmoins s'interroger sur le lien sans doute par trop automatique entre valorisation et cession, si l'on veut bien concéder avec d'autres que l'on « *ne vend qu'une fois, et c'est pour longtemps* » (*Ph. Yolka, Un État sans domaine : AJDA 2003, p. 1017*).

Christophe Roux

Professeur de droit public

Université Lumière – Lyon 2