

Paris,
Palais du Luxembourg
jeudi 16 octobre 2008



*Valoriser
les patrimoines
publics et privés
des collectivités territoriales*

Actes du colloque

14^e colloque
organisé par

L'ASSOCIATION FRANÇAISE
DES AVOCATS CONSEILS
AUPRÈS DES COLLECTIVITÉS
TERRITORIALES



VALORISER LES PATRIMOINES PUBLICS ET PRIVÉS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

SOMMAIRE

Mot de bienvenue de Gérard Larcher, président du Sénat.....	3
Accueil de Jean Capiaux, président de AFAC.....	5
Ouverture par Pierre Devarenne, directeur du colloque.....	6
Propos introductifs : Le Nouveau Code général de la propriété des personnes publiques, Christine Maugüe	8
 Première partie PATRIMOINES PRIVÉS ET PATRIMOINES PUBLICS	
Propos liminaires : La diversité des patrimoines, Jean-David Dreyfus.....	14
 La ligne de partage	
Les critères de distinction entre domaine privé et domaine public, Etienne Fatome.....	19
La ligne de partage sur le terrain : l’alignement, Pierre Devarenne.....	23
La répartition des compétences juridictionnelles, Emmanuel Glaser	36
 Les régimes juridiques distincts	
En matière de cession ou de transfert, Cyrille Bardon	41
En matière de baux emphytéotiques, Laurent Richer.....	62
La contrepartie financière de l’occupation privative du domaine public, Christophe Mondou	67
Le transfert et la superposition de gestion du domaine public, Robert Rézenthel.....	76
 Deuxième partie LA VALORISATION DES PATRIMOINES : MOYEN D’ACTION DES COLLECTIVITÉS	
 L’utilisation du patrimoine à des fins sociales	
L’accession à la propriété et les clauses anti-spéculatives, Cyrille Lelong	84



Le nouveau droit de préemption des communes sur les cessions commerciales, Cyril Sabatié.....	90
La Sem au soutien de la politique du logement, Eric Ledoux	95
Table ronde-débat animée par Jean Capioux avec la participation d’Alexandre Gruppo.....	99
L’utilisation du patrimoine pour le développement économique	
Les aides à l’immobilier d’entreprise, Martine Cliquennois	105
Le credit-bail immobilier, vertus et risques, Antoine Tabouis	117
Table ronde-débat animée par Monique Ambal avec la participation d’Emmanuel Gérard	123
Rapport de synthèse	
Les patrimoines privés et publics une valeur ajoutée pour le développement des collectivités, Jean-David Dreyfus	127
Bureau et liste des membres de l’AFAC.....	130

VALORISER LES PATRIMOINES PUBLICS ET PRIVÉS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Paris jeudi 16 octobre 2008, Palais du Luxembourg

**Mot de bienvenue de Gérard Larcher, président du Sénat
lu par Jean Capiaux, président de l'AFAC**

Je ne peux être présent parmi vous ce matin, retenu dans le cadre de mes fonctions pour une rencontre avec les nouveaux sénateurs élus le 21 septembre dernier. Je tenais à vous adresser un message d'accueil chaleureux par l'intermédiaire de Maître Capiaux, pour vous dire le plaisir que nous avons à vous accueillir au sein de la Haute Assemblée, maison des collectivités locales.

Oui, je tenais à vous remercier, chacune et chacun d'entre vous, quelles que soient vos fonctions, pour votre engagement au quotidien auprès de nos collectivités, notamment pour les aider à valoriser leur patrimoine. Vous avez une mission de première ampleur, en raison d'une part de l'importance du rôle des collectivités territoriales dans la valorisation du patrimoine, d'autre part de la multiplicité des outils juridiques existants. Le patrimoine est un tout indissociable du territoire, à la fois matériel et immatériel dans lequel les femmes et les hommes de notre pays, qu'ils vivent dans les villes ou les zones rurales, se reconnaissent à titre individuel et collectif. Les collectivités en participant à son entretien, à sa préservation, à sa valorisation sont le vecteur essentiel du renforcement des identités locales. Les mouvements de décentralisation ont renforcé les compétences des collectivités dans le domaine de la gestion du patrimoine. Il est donc essentiel que les collectivités se saisissent des compétences qui sont les leurs, y compris dans le cadre de partenariat avec le privé. Je crois profondément que la distinction privé/public aujourd'hui doit être dépassée. Il existe dans chacun de ces secteurs des spécificités propres qui ne doivent pas être perçues comme des obstacles à toute collaboration, mais bien au contraire, l'ouverture d'autant de possibilités. Cette coopération est parfaitement envisageable sans dénaturer la nature du service public. Il revient aux collectivités territoriales de protéger le patrimoine, d'en assurer l'optimisation de la gestion, tout en l'intégrant dans une perspective de développement économique et touristique. Ces objectifs sont d'autant plus concrets que culture, patrimoine, territoire et économie ont des retombées concrètes, à la fois pour nos concitoyens, mais aussi pour les générations futures.

Face à la diversité des outils juridiques existants, face aux multiples moyens de valorisation du patrimoine, l'accompagnement que propose votre association est indispensable. Et j'en



parle en connaissance de cause, ayant recouru pour la construction d'un pôle de spectacles et de conférences dans ma commune, Rambouillet, à un contrat de partenariat public-privé, qui, je ne vous le cache pas, a nécessité quelques heures de réflexion à mon équipe administrative. Oui, la valorisation du patrimoine privé et public est un atout pour les collectivités territoriales. Oui, elles doivent s'y attacher. Oui, c'est une dimension qui doit s'inscrire dans les réflexions qui s'engagent sur l'évolution des relations entre les collectivités territoriales.

Je vous souhaite un excellent colloque à tous et à toutes, et ne manquerai pas de suivre les résultats de vos travaux.

Gérard Larcher
Président du Sénat

ACCUEIL

Jean CAPIAUX,
Président de l'Association française des avocats conseils
auprès des collectivités territoriales (AFAC)

Au nom de l'AFAC, je vous souhaite la bienvenue à notre 14^e colloque. Ces colloques sont le temps fort de notre association car ils nous permettent d'ouvrir nos travaux à nos partenaires naturels que sont les collectivités territoriales que vous représentez dans leur diversité. Nous nous sommes toujours efforcés de retenir des thèmes en rapport avec l'actualité. Ainsi en 2002, nous avons traité des 20 ans de la décentralisation. En 2006, pour le 20^e anniversaire de l'ordonnance de 1986 nous évoquions le droit public de la concurrence. Cette fois-ci, le thème « Valoriser les patrimoines publics et privés des collectivités territoriales » est abordé à l'occasion de l'édition, sous forme d'ordonnance, du Code général de la propriété des personnes publiques, le CG 3P comme on a coutume de l'appeler. Au-delà de cet élément circonstanciel, dans le contexte actuel de raréfaction des ressources des collectivités territoriales et d'une attente forte des citoyens, la nécessité de valoriser le patrimoine est devenu un impératif catégorique. Valoriser le patrimoine, c'est d'abord le connaître — on sait que l'Etat a fait des découvertes quand il s'est engagé dans cette démarche de recensement du patrimoine. Il convient ensuite de déterminer les modes d'utilisation et de gestion les plus appropriés au regard des objectifs que ce sont donnés les élus des collectivités territoriales.

Ceci explique le déroulé de cette journée, avec une matinée plus descriptive sur les aspects juridiques et une deuxième partie cet après-midi qui sera plus tournée sur les aspects opérationnels, l'utilisation du patrimoine en fonction d'objectifs sociaux ou économiques. Comme pour nos précédents colloques, nous avons réuni, en dehors des membres de notre association, des magistrats, des universitaires, des praticiens et également des confrères. Je les remercie tous d'avoir répondu à notre demande, ainsi que le directeur du colloque, Pierre Devarenne et les organisateurs de cette journée, Alain Chevalier-Beaumel, coordinateur de l'AFAC et Claude Charier. Je remercie également le président du Sénat qui nous accueille en ces lieux avec le concours de ses services. Enfin, je vous remercie, vous les participants d'être venus nombreux, intéressés par le thème que nous avons choisi et j'espère que vous tirerez profit des interventions que vous pourrez enrichir dans le cadre des échanges prévus à l'issue des tables rondes. Je vous souhaite un bon colloque.

OUVERTURE

**Pierre DEVARENNE,
directeur du colloque,
avocat au barreau de Châlons-en-Champagne,
président d'honneur de l'AFAC**

Le choix du sujet et qualité des intervenants sont sans aucun doute la cause de votre présence aussi nombreuse aujourd'hui. Les collectivités territoriales sont soucieuses de valoriser leur patrimoine, particulièrement en cette période de crise où il est difficile de maîtriser les budgets de fonctionnement et d'investissements. Le patrimoine, qui est encore trop souvent mal identifié peut constituer de réelles opportunités pour les collectivités. L'Etat, propriétaire d'un patrimoine important — on parle de 30 000 immeubles valant près de 40 milliards d'euros — a, dans le cadre de la réduction de son train de vie et de redéploiement des moyens (particulièrement ceux affectés à l'armée), mis en place des opérations de cessions auprès des collectivités qui se doivent de l'affecter au mieux.

Ce sujet exige aussi une clarification et ce sera l'objet de ce colloque. Les règles juridiques se trouvent en effet éclatées entre divers corpus : Code général des collectivités territoriales (CGCT), Code générale de la propriété des personnes publiques (CGPPP) qui sera largement développé aujourd'hui, le Code de l'urbanisme, le Code de la voirie routière, le Code rural, le Code de l'expropriation, le Code civil. La lisibilité est parfois difficile entre ces différentes règles et en raison aussi de la diversité des patrimoines : patrimoine mobilier et immobilier, biens corporels, biens incorporels qui font référence à des notions de droit privé qui seront évoquées par Jean-David Dreyfus. La juxtaposition de règles issues du droit privé et du droit public, normale puisqu'il s'agit du patrimoine privé et public des collectivités entraîne également la répartition des compétences entre les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif qui sera expliquée par Emmanuel Glaser. L'apport du CGPPP, entré en vigueur depuis juin 2006, sera commenté par Christine Maugué. Ce Code ne s'est pas limité à codifier en droit constant mais apporte des innovations dont il convient, en effet, de prendre la juste mesure. Etienne Fatome nous éclairera sur la distinction entre domaine public et domaine privé : les possibilités de transfert de propriété entre personnes publiques, les possibilités en matière de déclassement. L'opportunité de constituer des servitudes conventionnelles ou de droit réel en fonction de l'occupation du domaine public. Christophe Mondou nous éclairera sur la contrepartie financière de l'occupation privative du domaine public.

La lecture du CGPPP peut paraître déroutante pour le non-juriste ou le juriste également en raison du parti pris de mettre les dispositions par référence. Cet assemblage est en forme de poupée russe où une législation en recouvre une autre, et celle-ci en recouvrant encore une

troisième. Ainsi le CGPPP renvoie au CGCT concernant les autorisations d'occupations constitutives de droit réel. En ce qui concerne le bail emphytéotique administratif (BEA), autre exemple, présenté par Laurent Richer, le CGPPP renvoie au CGCT qui lui-même fait référence au Code rural. La complexité des notions juridiques s'explique toutefois par la complexité des opérations à mettre en œuvre et les risques de requalification ne sont pas inexistantes, en rapport notamment avec le Code des marchés publics, ou concernant les baux emphytéotiques administratifs. Les collectivités territoriales redoutent parfois des opérations difficiles à monter qui concernent à la fois des BEA, des conventions de délégation de service public (DSP) ou des contrats de crédit-bail. Cyrille Bardon nous entretiendra des droits de cession et de transfert et Robert Rezenthel des opérations de superposition de gestion. Cette matinée sera particulièrement chargée et nous pourrons échanger au cours du repas de midi.

Cet après-midi sera moins didactique et plus opérationnelle autour de deux tables rondes. La première posera la problématique de l'utilisation des patrimoines par les collectivités territoriales à des fins sociales, animée par Jean Capiaux. L'autre concernera la valorisation à des fins économiques animée par Monique Ambal.

Je passe maintenant la parole à Christine Maugué qui est vraiment la spécialiste du CGPPP puisqu'elle a contribué très largement à la confection de ce code.

PROPOS INTRODUCTIFS

LE NOUVEAU CODE GÉNÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ DES PERSONNES PUBLIQUES

Christine MAUGÜÉ
Conseiller d'État

La présentation du CGPPP sera faite essentiellement sous l'angle de son apport aux collectivités territoriales. En avant-propos, quelques mots pour resituer ce code qui était très attendu. La prise de conscience d'une nécessité de réforme du droit du bien des personnes publiques remonte aux années 1980. Elle a été initiée par un rapport du Conseil d'Etat qui a donné lieu à de très longs travaux de réflexion. Il a fallu 20 ans pour les faire aboutir. Les raisons tiennent à la complexité de la matière, aux choix à accomplir, à la méthode d'élaboration... Ces travaux ont conduit à l'adoption de ce code par voie d'ordonnance — ce qui n'est pas neutre — ordonnance du mois d'avril 2006, entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2006.

L'élaboration du CGPPP

Aujourd'hui, nous ne disposons que de la partie législative du CGPPP. Quid de la partie réglementaire ? Celle-ci est en cours d'élaboration active, les différentes parties sont en cours d'examen devant la commission supérieure de codification et la partie réglementaire du code devrait être publiée dans le courant de l'année 2009. Une partie échelonnée des dispositions réglementaires avait été envisagée puis abandonnée. La sortie des dispositions réglementaires devrait être globale. Le décalage entre la sortie de la partie législative et la partie réglementaire, qui n'est pas forcément bon, tient à des raisons conjoncturelles liées à la réorganisation du ministère des Finances qui supervise les questions domaniales. Le service en cause, actuellement appelé France Domaine, a changé successivement de rattachement. Il faisait d'abord partie de la direction générale des impôts, puis a été intégré dans un premier temps par la direction générale de la Comptabilité publique, et dans un second temps par la direction générale des Finances publiques. Ces changements pratiques ont absorbé une grande partie de l'énergie des personnes chargées de la rédaction de ces textes chez France Domaine. Ceci étant, la principale raison du retard, outre le fait que l'adoption de la partie réglementaire, devait conduire à tout un travail de fond d'adaptation et de corrections d'inégalité. L'exercice de codification n'est pas à droit constant, ce qui a contribué à l'allongement des délais. La seule partie législative dont nous disposons à ce jour n'est pas encore ratifiée. Nouvelle source d'étonnement, alors que France Domaine a cherché à en obtenir immédiatement la ratification. L'enjeu étant de rendre cette ordonnance incontestable

puisqu'elle acquiert alors une valeur législative. Une disposition avait été insérée dans un véhicule législatif mais l'ensemble de ce texte, qui était une énième loi de simplification du droit, n'a finalement pas été examiné. Entre temps le CGPPP a toutefois déjà été modifié par le législateur et de nouvelles dispositions ont été intégrées qui montrent combien ce texte est vivant. D'une part, la loi sur l'Eau du 30 décembre 2006 a modifié un certain nombre de dispositions sur le domaine public fluvial. Par ailleurs, la loi de Finances pour 2008 a ajouté une disposition assez importante pour les collectivités locales d'un troisième cas d'exonération de redevance pour l'occupation du domaine public. Ces modifications très ponctuelles d'un texte très vaste ne peuvent pas entraîner une ratification implicite de l'ensemble du code. Nous sommes donc encore au milieu du gué avec une partie législative non ratifiée et une partie réglementaire à sortir.

Le fond du droit

L'ambition de ce code était de réaliser une réforme d'ensemble du droit de propriété des collectivités publiques, droit qui était alors éclaté, avec une partie relativement élaborée avec le droit du domaine de l'Etat, quelques règles partielles et incomplètes dans le CGCT pour les collectivités territoriales, et un droit domanial fragmentaire pour les établissements publics. M. Devarenne, vous avez déploré tout à l'heure que toutes les règles ne figurent pas dans le CGPPP et qu'il y ait des renvois à d'autres codes. Le CGPPP a été rédigé après l'élaboration de nombreux autres codes, notamment des codes généraux comme le CGCT. Il s'intercale dans un paysage juridique où il doit tenir compte de l'existant. Dans un certain nombre de cas, il a rapatrié ce qui était dans d'autres codes : code de l'Environnement, le code du Tourisme pour ce qui concerne les plages par exemple... Dans d'autres cas, nous nous trouvons devant des codes généraux, tel le CGCT, et nous ne pouvons procéder de la même façon. Le CGPPP a alors un rôle d'aiguilleur et en ce sens il a une vertu de clarification. Il sert de point d'entrée sur l'ensemble des règles domaniales, la plupart du temps, il contient ses propres règles, mais parfois il renvoie à d'autres règles comme celles du CGCT. Ce code constitue une innovation radicale pour les collectivités territoriales, qui n'avaient que quelques règles domaniales mais pas de vision d'ensemble.

Pour les collectivités territoriales, deux points sont à retenir. La première volonté du code a été d'unifier, autant que possible, les règles de gestion du patrimoine des personnes publiques et les collectivités territoriales bénéficient de la plupart de ces innovations. Dans un second temps, je rappellerai que le code a aussi maintenu un certain nombre de spécificités en ce qui concerne les règles domaniales des collectivités territoriales. Des spécificités qui tiennent à l'affirmation du rôle incontournable de l'Etat ou des spécificités qui reflètent un degré différent de maturation des règles ou qui tiennent compte plus simplement des particularités des collectivités territoriales. On assiste donc à un double mouvement, avec d'un côté une unification des règles et de l'autre, le maintien d'un certain nombre de spécificités.

Cette intervention étant liminaire, je me contenterai de brosser le tableau à grands traits, d'autres intervenants au cours de la journée apporteront des éclairages sur différents points.

L'UNITÉ DES RÈGLES DE GESTION DU PATRIMOINE DES PERSONNES PUBLIQUES

Trois points marquent ce texte pour les collectivités territoriales. Le premier est une définition renouvelée du domaine public immobilier, le deuxième est la définition du domaine privé, et le troisième concerne la modernisation des règles de gestion du patrimoine public.

Définition renouvelée du domaine public immobilier

Le constat de départ était celui de l'hypertrophie du domaine public qui faisait l'objet, jusque là, d'une définition jurisprudentielle. A l'origine, elle n'avait pas été voulue comme une définition générale, trop extensive du domaine public, mais elle l'était devenue sous l'influence d'un certain nombre d'évolutions jurisprudentielles. Elles avaient l'inconvénient d'édicter un certain nombre de contraintes pour la personne publique dans la gestion de leurs biens. Le code y a un peu remédié, mais un peu seulement, car il n'a pas remis en cause cette structuration fondamentale dans le patrimoine des personnes publiques entre d'un côté ce qui relève de la domanialité publique et de l'autre ce qui relève de la domanialité privée. Cette tentative de resserrement se manifeste par l'introduction d'une définition législative du domaine public immobilier. Je rappelle d'abord l'ancienne définition de la jurisprudence qui identifiait le domaine public à partir des biens appartenant à une personne publique affectés à l'usage direct du public ou affectés à un service public avec un aménagement spécial pour assurer ces missions de service public. La nouvelle définition législative maintient l'essentiel de cette définition : l'appartenance à une personne publique, bien entendu, mais aussi l'affectation. L'affectation est la conséquence d'une décision de la personne publique dans le choix de l'usage du bien. Subsiste également la double possibilité d'affectation à l'usage direct du public ou à un service public. Mais le texte a changé, avec une volonté délibérée de réduction du champ de la domanialité publique — il faudra voir si cette volonté résiste dans le temps à la jurisprudence — avec la substitution du critère de l'aménagement spécial à celui de l'aménagement nécessaire à la mission du service public. Cette terminologie a été très longuement pesée. Le professeur Fatome interviendra sur ce sujet, je ne développerai donc pas plus. Du point de vue des rédacteurs du texte et de l'intention du Gouvernement qui se manifeste très clairement dans l'exposé des motifs, ces termes révélaient une volonté de réduction du champ de la domanialité publique, pour les biens destinés à un service public, aux biens qui ont fait l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions du service public. Le corollaire en est donc une extension du champ de la domanialité privée.

Définition du domaine privé

Celle-ci dans le code est définie en creux par rapport à celle de la personne publique puisque les biens appartiennent soit au domaine privé soit au domaine public. Le texte a explicité, en outre, deux cas d'appartenance au domaine privé : les réserves foncières d'une part, et les immeubles à usage de bureaux d'autre part. Concrètement cette disposition est importante

pour les collectivités territoriales. Sous l'influence d'une ordonnance du mois d'août 2004, le code du domaine de l'Etat indiquait que les immeubles à usage de bureau de l'Etat appartenaient au domaine privé sauf s'ils étaient l'accessoire indispensable de biens appartenant au domaine public. Le code étend cette définition aux collectivités territoriales. Il est donc clairement dit que les immeubles à usage de bureaux détenus par les collectivités territoriales font partie du domaine privé. Prenons l'exemple d'immeubles affectés aux services d'un conseil général. Celui où est installée la salle délibérante est considéré comme un aménagement indispensable aux besoins du service public appartient nécessairement au domaine public. Pour les autres, rien ne fait obstacle à ce qu'ils soient considérés comme appartenant au domaine privé.

Modernisation des règles de gestion du patrimoine des personnes publiques

Le Gouvernement et les auteurs du texte ont eu la préoccupation de faire sauter un certain nombre de verrous. Cet assouplissement se manifeste en trois points principaux.

- **La reconnaissance de la possibilité de procéder à des transferts de gestion liés à des changements d'affectation**

C'est une extension à toutes les personnes publiques d'une règle qui existait uniquement pour l'Etat. L'article L.2123-3 reconnaît à toute personne publique la faculté de mettre un de ses biens à la disposition d'une autre personne publique pour la gérer en fonction de son affectation pour une durée limitée et moyennant rémunération.

- **La possibilité de créer des servitudes conventionnelles sur le domaine public**

Ce sujet était l'objet de demandes importantes de la part de notaires. Il était auparavant admis que pouvaient subsister des servitudes existantes antérieurement à l'entrée d'un bien dans le domaine public dès lors que celles-ci n'étaient pas incompatibles avec l'appartenance de ce bien au domaine public. En revanche, il n'était pas possible d'instituer de nouvelles servitudes une fois que ce bien était entré dans le domaine public. Dorénavant, le texte consacre cette faculté de constituer des servitudes postérieurement à l'appartenance d'un bien au domaine public, sous réserve à ce qu'elles ne soient pas incompatibles avec cette appartenance. Ceci répond à une grande attente et permet en particulier de sécuriser des divisions en volume et d'assurer une meilleure coexistence entre propriété privée et publique.

- **Les dérogations importantes apportées à la règle de l'inaliénabilité des biens appartenant à la personne publique**

Le code autorise des transferts de propriété, cessions ou échanges, entre personnes publiques sans qu'un bien sorte du domaine public. Cet élément important permet des changements de propriété, de quitter le domaine public et sans être obligé de passer par des opérations de déclassement artificielles. Ce n'est plus la règle de l'inaliénabilité du domaine d'une personne publique qui subsiste mais l'inaliénabilité de la propriété publique : la seule exigence étant

que ces transferts ou cessions soient effectués entre personnes publiques, ce qui facilite une circulation des biens.

Les règles particulières maintenues pour les collectivités territoriales

Après, cette présentation, très schématique, des changements de fond réalisés dans le code au profit de toutes les personnes publiques y compris des collectivités territoriales, je voudrais attirer votre attention sur les règles particulières qui ont été maintenues pour les collectivités territoriales.

• L'inscription dans la loi de la théorie des mutations domaniales

Fallait-il ou pas maintenir cette théorie des mutations domaniales ? Cette question a provoqué de nombreux débats. Cette théorie n'était jusqu'alors uniquement jurisprudentielle puisqu'elle dépendait d'arrêts du Conseil d'Etat qui remontent pour le premier à 1909. Elle permet à l'Etat d'imposer des transferts de gestion autoritaires à une collectivité locale contre la volonté de celle-ci. Cette faculté réservée à l'Etat par la jurisprudence était présentée comme une garantie de l'unité du domaine et de l'intérêt général au-delà des intérêts publics particuliers. Cette théorie des mutations domaniales a été régulièrement réaffirmée par voie jurisprudentielle, toutefois peu d'affaires sont remontées jusqu'au Conseil d'Etat. Certains détracteurs auraient préféré que l'on reconnaisse explicitement la possibilité d'exproprier le domaine public. La grande différence entre la théorie des mutations domaniales et l'expropriation du domaine public tient en l'absence de changement de propriété. La théorie des mutations domaniales impose un changement d'affectation sans toucher à la propriété puisque la collectivité territoriale conserve la propriété de ce bien. Les auteurs du texte et le Gouvernement ont eu la conviction qu'il fallait maintenir ce pouvoir de l'Etat d'imposer aux autres personnes publiques des changements dans la destination de leurs biens au profit d'opérations nécessaires à l'intérêt général. Cette théorie a donc été reprise dans le texte avec des contreparties financières. Dorénavant, une mutation domaniale donne droit à une indemnisation des collectivités territoriales. Cette contrepartie inscrite dans le code légitime la conventionalité du dispositif.

• La valorisation économique du domaine public

Je n'aborderai que très rapidement ce sujet vaste et complexe qui sera repris dans d'autres interventions. Le code ouvre aux collectivités territoriales la possibilité de recourir aux mécanismes des autorisations constitutives d'occupation du domaine public constitutif de droit réel dont disposait l'Etat, tout en leur maintenant le système des baux emphytéotiques administratifs. Pourquoi, cette complication du droit ? Pourquoi ne pas avoir réalisé une unification du régime des autorisations constitutives d'occupation du domaine public constitutif de droit réel en mettant fin à celui des baux emphytéotiques administratifs ? Après consultation des associations d'élus, il est apparu que les collectivités territoriales ne voulaient pas mettre fin au système des baux emphytéotiques administratifs qu'elles connaissent bien. Mais après les mutations notamment en matière de voirie, il fallait leur permettre de profiter des mêmes outils que ceux de l'Etat. Il existe cependant des petites

nuances entre le régime des autorisations constitutives d'occupation du domaine public constitutif de droit réel dont dispose l'Etat et celui des collectivités territoriales. Pour l'Etat les autorisations constitutives d'occupation du domaine public sont de droit constitutives de droit réel dans le silence du titre, tandis que pour les collectivités territoriales il faut que le titre l'indique. Cette volonté que ce droit ne soit pas implicite pour les collectivités territoriales était très importante pour le ministère de l'Intérieur. Cette règle est possible pour les collectivités territoriales que pour les biens affectés à un service public ou à un service d'intérêt général mais non pour l'ensemble des biens contrairement à ce qui existe pour l'Etat. Troisième différence en faveur cette fois des collectivités territoriales, elles disposent du crédit-bail pour financer toutes les opérations qu'elles réalisent dans ce cadre alors que ce n'est pas le cas pour l'Etat dès lors qu'il s'agit d'ouvrages nécessaires au service public. Les collectivités territoriales disposent en ce cas d'outils qui ont davantage de souplesse que ceux de l'Etat.

• **L'exclusion des assouplissements apportés à la sortie du domaine public**

Le code permet de déroger à une règle fondamentale de permettre une sortie du domaine public que lorsqu'il y a déclassement qui sanctionne une désaffectation de fait. Il ne peut y avoir sortie du domaine public si l'affectation à l'utilité publique de l'immeuble n'a pas cessé. Pour l'Etat et ses établissements publics, le texte permet un assouplissement des désaffectations anticipées dès lors que la décision de sortie du domaine public est prise et qu'elle devient effective dans un laps de temps qui ne doit pas être supérieure à trois ans. Si, à l'issue de cette durée de trois ans, la sortie du domaine public n'est pas devenue effective la vente devient caduque. Cette mesure intervient dans l'hypothèse de réorganisation de services, comme, par exemple, le déménagement d'une caserne de gendarmerie ou d'un hôpital. Ces déménagements sont souvent échelonnés et il est intéressant pour la personne publique de financer la réinstallation de ses services par la vente des biens dont n'a pas encore complètement cessé l'occupation. Cette mesure bénéficie en ce sens à l'Etat et à ses établissements publics et en particulier aux établissements publics à caractère industriel et commercial qui étaient très demandeurs (RATP ou RFF). Les collectivités territoriales ne profitent pas de cet assouplissement alors que la question aurait pu également se poser pour elles avec l'exemple des déménagements d'hôpitaux. Le ministère de l'Intérieur a été réticent à étendre cette règle aux collectivités territoriales avec l'idée de pouvoir y remédier dans le temps.

D'autres spécificités concernent plus particulièrement les communes, tel le régime des biens sans maître ou encore les dispositions qui concernent l'utilisation des édifices du culte relevant du domaine public pour des motifs autres que culturels.

L'ambition de ce code était de procéder à un profond réagencement du droit domanial. Il dote les personnes publiques d'un ensemble cohérent et réactualisé de règles. Toutefois, ce texte est vivant, encore en partie inachevé, qui ouvre des pistes en se réservant la possibilité d'évolution dans le temps. Bien des dispositions prises sont particulièrement favorables aux collectivités territoriales et plus souples que celles de l'Etat.

PROPOS LIMINAIRES

LA DIVERSITÉ DES PATRIMOINES

Jean-David DREYFUS

professeur agrégé de droit public, avocat à la Cour

Le Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) n'a pas privilégié une vision unitaire du patrimoine des personnes publiques puisqu'il maintient un domaine public et un domaine privé. Alors que certains membres du Conseil d'Etat pensaient, semble-t-il, que cette idée était un peu obsolète, la diversité a, finalement, été maintenue.

Les personnes publiques redécouvrent aujourd'hui l'existence dans leur patrimoine de *propriétés* qui ne faisaient pas l'objet de valorisation (le patrimoine ne se réduisant pas aux seuls biens susceptibles de propriété). On entend la plupart du temps par biens des personnes publiques les **biens immobiliers**. Or, à côté de ces biens, certaines propriétés ont été délaissées bien que celles-ci puissent se révéler une certaine source de richesse pour les collectivités territoriales.

On peut d'abord penser aux **biens mobiliers** des collectivités, à l'instar des actions des sociétés qu'elles peuvent détenir ou des collections publiques qui doivent aujourd'hui « respirer » (rapport de Jacques Rigaud "sur la possibilité pour les opérateurs publics d'aliéner des oeuvres de leurs collections", 2008). Ainsi, la question de la vente d'une œuvre originairement destinée à un bâtiment public sans but muséographique peut déchaîner les passions comme ce fut le cas dernièrement dans la région de Béziers.

La Chambre de Commerce et d'Industrie de Béziers a décidé le 25 juin dernier de proposer aux enchères un cycle de peintures décoratives par Henri Martin qui avait été commandé à l'artiste en 1932 pour orner la Salle des Délibérations de l'institution. Même si l'inaliénabilité des œuvres des musées ne semble pas menacée, ce cas d'espèce pose la question de la conservation du patrimoine artistique français.

Mais nous voudrions nous concentrer sur les propriétés publiques immatérielles ou incorporelles.

Alors que le patrimoine immobilier des collectivités territoriales bénéficie déjà de nombre de mécanismes qui aident à sa valorisation comme le bail emphytéotique administratif ou encore l'autorisation d'occupation du territoire pour ne citer qu'eux, la personne publique tend à

délaisser ses actifs immatériels comme les nomme le rapport de la Commission sur l'Economie de l'immatériel (Lévy-Jouyet, 2006).

La « distance » que le droit administratif des biens a longtemps entretenue avec les propriétés incorporelles peut paraître surprenante si l'on veut bien considérer que l'administration est à la fois un lieu de création intellectuelle, d'innovation, de développement des connaissances scientifiques. Ainsi les brevets, logiciels, marques, utilisations d'un nom tel que « Paris » ou « Saint-Tropez » font aujourd'hui partie intégrante du patrimoine des collectivités territoriales.

On a assisté peu à peu au réveil de l'administration qui souhaite désormais développer cette « nouvelle » économie. Une circulaire¹ s'adressant directement aux ministres est intervenue en 2007 pour traiter de la question de la gestion des actifs immatériels de l'Etat. Le Premier ministre de l'époque, Dominique de Villepin, entendait mettre en place une stratégie de valorisation du patrimoine immatériel identifié dans les services (valorisation que l'on peut rattacher à l'exigence à valeur constitutionnelle de **bon emploi des deniers publics** mais qui demeure une notion ambiguë car elle ne saurait se limiter à une maximisation du profit !). L'administration a récemment mis en place une « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat »² qui s'est vue confier une fonction de coordination et d'assistance aux gestionnaires publics³.

La problématique de la diversité des patrimoines se retrouve toute entière dans la notion peu connue de « **propriété publique incorporelle** ».

Tout d'abord, l'exécution de missions de service public implique la création de gisements publics d'informations, tantôt comme moyen de l'action tantôt comme objet de l'activité. Ces gisements représentent une très grande richesse dans une société de l'information en pleine croissance. Pour autant, les législations communautaires et nationales relatives aux données publiques font l'objet d'une lente gestation.

La directive du 17 novembre 2003 transposée par l'ordonnance du 6 juin 2005 marque un tournant, puisqu'elle autorise toute forme de **réutilisation des données publiques**. Si le critère matériel retenu pour le champ d'application de la réutilisation est celui du service public, de nombreuses données restent exclues du champ d'application de la loi, notamment celles provenant des échanges entre personnes publiques.

¹ Circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'Etat, JORF 27 avril 2007, p. 7490

² Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat », JORF du 12 mai 2007, p. 8684

³ V. aussi article 11 nouveau de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat : 1° Dans le d, les mots : « les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante » sont remplacés par les mots : « le domaine, les ouvrages, équipements ou **biens immatériels**, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice ».

Bien que le principe soit la liberté de réutilisation des données publiques, le respect des droits personnels et de l'intégrité de l'information, vient en limiter la portée.

De plus, un problème inhérent à la réutilisation est l'accès à l'information : il est en effet difficile d'exploiter un gisement que l'on ne détient pas (d'où l'enjeu crucial de la détention de la propriété de ces données). Cet aspect pose la question des modalités d'accès à l'information publique qui débouche sur celle de sa tarification et des contrats en permettant l'exploitation. Ces modalités d'exploitation se feront sous la surveillance de la CADA, ce qui est critiquable de par sa nature et son origine, puisqu'il ne faut pas cacher que ce droit à réutiliser les informations publiques concerne pour l'essentiel des aspects de droit de la concurrence, matière pour laquelle cette autorité ne semblait pas prédisposée.

On peut également penser que le juge administratif ne s'arrêtera plus à la qualification de « base de données ». Classiquement, une base de données ne constitue pas simplement un rassemblement d'informations mais un chemin vers chacune d'elles. Pour le juge administratif, elle n'est qu'un rassemblement d'informations.

Enfin, de nouvelles obligations pèsent sur les personnes publiques dès la collecte. Elles devront effectivement anticiper, au moment de la collecte, les critères, les classifications, les tarifications, les règles comptables, etc. susceptibles d'être demandés au moment de la réutilisation.

Une sujétion de service public supplémentaire (distinguer ce qui est communicable de ce qui ne l'est pas) s'impose donc à la personne publique dans le cadre de sa mission de service public, alors même que cette mission ne repose pas sur cette sujétion supplémentaire. Dépasant le cadre de sa raison d'être : le service public, il s'agira d'anticiper les éléments nécessaires à une toujours meilleure réutilisation de ces d'informations.

Mais on en trouve aussi l'illustration dans le champ local : ainsi, une société de généalogiste successoral effectue des recherches ayant pour but de retrouver d'éventuels héritiers et d'établir leurs droits à leur profit. A ce titre, elle utilise les recensements de population, les actes d'état civil, les tables de successions et les registres matricules du recensement militaire. Cette société se rapproche d'un conseil général et lui propose de numériser ses **archives**, plus précisément les registres paroissiaux et d'état civil (XVI^e siècle – 1907), les recensements de population (1911-1946), les tables des registres matricules (1867–1935) et les tables des successions et des absences. Ces données resteront propriété du Conseil Général, la société utilisant ces données à des fins professionnelles.

Voici une parfaite illustration d'un gisement de richesse économique non exploité par la personne publique mais intéressant le secteur privé marchand.

Le code général de la propriété des personnes publiques admet par ailleurs l'existence d'un domaine public immatériel. Ainsi les **brevets déposés par des personnes publiques** (ou les **bibliothèques numériques** réalisées à partir des collections d'ouvrages numérisés) sont incorporés dans le domaine public du fait de leur propriété et intérêt publics, avec la

distinction entre invention de mission – propriété à titre originaire des personnes publiques – et inventions personnelles.

Le constat de la domanialité publique entraîne de multiples conséquences tant au plan du droit de la propriété intellectuelle que du droit public.

Le nom d'une ville, un produit du terroir ou bien un événement déposé peut être une source importante de revenus pour les personnes publiques. À ce titre, le concept de « Nuit Blanche » né à Paris en est un bon exemple. Cet événement qui permet au public de visiter différents lieux et d'assister à diverses manifestations culturelles pendant la nuit s'est exporté dans le monde entier.

Avec plus d'un million de visiteurs à Paris depuis plusieurs années, de nombreuses villes ou capitales ont en effet adopté le concept déposé de Nuit Blanche en 2008. Elles se sont déjà déroulées à Montréal (Canada), Chicago (Illinois) et Santa Monica (Californie).

On peut aussi songer aux **droits sur les certificats d'obtention végétale**. La loi n°70-489 du 11 juin 1970 modifiée relative à la protection des obtentions végétales s'applique à l'obtention végétale nouvelle, créée ou découverte qui se différencie des variétés analogues déjà connues par un caractère important, précis et peu fluctuant.

L'INRA applique en la matière les mêmes règles que celles introduites en matière de brevets d'invention : les obtentions végétales de service confèrent aux personnes publiques employeurs le bénéfice, à titre originaire, des droits de propriété intellectuelle y afférant (v. article 6 du contrat-type de recherche de l'INRA).

Il faut encore évoquer les œuvres créées par les agents des personnes publiques. La réforme du **droit d'auteur des agents publics**, opérée par la loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), constitue elle aussi une véritable évolution. La reconnaissance, à titre de principe, du droit d'auteur à l'agent public va ainsi conduire à modifier profondément la gestion par les collectivités publiques des droits de leurs agents, notamment en cas d'exploitation commerciale des œuvres créées par ces derniers.

Dans un environnement économique dominé par les valeurs immatérielles, la matière grise de ses agents représente une richesse de tout premier ordre pour une collectivité publique. Aussi, les droits relatifs aux créations réalisées quotidiennement par les fonctionnaires doivent-ils, à l'instar d'autres ressources, être administrés de façon optimale de manière à récompenser et encourager les efforts de création profitables à l'intérêt général ou aux finances de la collectivité.

En alignant partiellement le régime juridique des créations des agents publics sur celui des créations salariées, le texte reconnaît, à titre de principe, le droit d'auteur à l'agent public. Ainsi, même si le dispositif est entouré de garanties destinées à préserver l'exécution de leurs obligations de service public -avec la cession automatique des droits à la personne publique-, la gestion par les collectivités des droits d'auteur de leurs agents s'en trouve profondément modifiée.

Dépassant le cadre du droit d'auteur des agents publics, le droit de propriété intellectuelle vient même jusqu'à s'interroger sur **le travail de recherche d'un étudiant dans le cadre d'un stage.**

Récemment, dans un conflit opposant un étudiant qui effectuait un stage non rémunéré dans un laboratoire avec le CNRS, la question s'est posée de savoir si le règlement interne au laboratoire était légal en ce qu'il attribuait automatiquement au CNRS la propriété de toutes les innovations réalisées par des étudiants, stagiaires, vacataires ou employés sur CDD susceptibles d'être brevetées, en affirmant qu'ils étaient soumis aux obligations incombant à l'ensemble des agents publics (TA Paris 11 juillet 2008, Dr Puech c. CNRS, AJDA 2008 p. 2350).

Si la « titularité » des droits provenant du travail réalisé par une personne soumise à un régime de droit public fait tant débat, c'est parce que derrière se cache un avantage pécuniaire considérable qui pourrait être alloué aux collectivités territoriales. Or, l'exploitation des ressources publiques incorporelles passe par leur appropriation.

Plus généralement, la diversité des patrimoines de l'administration dépasse le clivage bien connu de biens mobiliers ou immobiliers. Elle constitue une richesse non encore exploitée à sa pleine et juste valeur.

LA LIGNE DE PARTAGE

LES CRITÈRES DE DISTINCTION ENTRE DOMAINE PRIVÉ ET DOMAINE PUBLIC

Etienne FATOME
professeur agrégé de droit public

La nouvelle définition donnée par le CGPPP a opté pour un rétrécissement du champ d'application de la domanialité publique. En l'attente de jurisprudence, quelques points méritent observations.

Les dispositions législatives spéciales

Cette définition, désormais législative, du champ d'application de la domanialité publique contenu dans l'article L 2111-1 commence par cette remarque: « sous réserve de dispositions législatives spéciales ». Cette réserve doit être bien considérée car l'une des caractéristiques du code est d'avoir multiplié les hypothèses de domaines publics spécifiques. Des biens appartiennent au domaine public en vertu de dispositions qui ne sont pas celles qui régissent le domaine public général, comme le domaine public maritime, naturel ou artificiel, le domaine public ferroviaire, le domaine public hertzien, le domaine public aéronautique. En présence de biens affectés à des ports, par exemple, je dois me référer aux définitions particulières contenues dans le code. Ces domaines spécifiques, parmi les plus essentiels, sont très nombreux. En caricaturant le trait, on pourrait se demander si la définition générale n'est pas subsidiaire. Cette réserve importante tend à faire relever du domaine public des biens qui n'en relèveraient pas par application de la définition générale et, a contrario, a pour conséquence de faire sortir du domaine public des biens qui autrement en relèveraient. Les immeubles de bureaux sont ainsi du domaine privé. Des lois spéciales indiquent maintenant que des biens appartenant à des établissements publics ne font pas partie du domaine public. Les biens de La Poste, par exemple, remplissent, pour beaucoup d'entre eux, les conditions énoncées par l'article L 2111-1, ne relèvent pas du domaine public, parce qu'ils sont propriété de La Poste et que la Murcef indique que ceux-ci n'appartiennent pas au domaine public. Il faut donc toujours vérifier qu'un texte spécial ne statue pas dans un sens différent du texte général.

L'appartenance à une personne publique

L'appartenance à une personne publique est une condition indispensable de l'existence d'un domaine public. La propriété ne doit pas appartenir à n'importe quelle personne publique, il

faut qu'elle soit visée par l'article L 2111-1, c'est-à-dire une personne publique classique. Pour les personnes publiques sui generis, leurs biens soumis au Code général de la propriété publique ne sont susceptibles de dépendre de la domanialité publique que si les textes qui les régissent le prévoient expressément. Les GIP sont dans ce cas. Toutefois, le GIP, personne publique à durée limitée dans le temps, a-t-il vocation à devenir propriétaire ? Le code maintient cette exigence organique : aucune domanialité publique en dehors des personnes publiques. Cette exigence est essentielle quand se multiplient les interventions du législateur pour transformer des établissements publics en société de droit privé et transférer leurs biens. Il procède ainsi à un déclassement législatif de biens affectés au service public. Certains biens qui font l'objet d'aménagements indispensables n'appartiennent pas au domaine public car ils ne remplissent pas la condition organique de l'appartenance à une personne publique. L'aéroport de Paris est un cas emblématique en ce sens, ses biens désormais n'appartiennent plus au domaine public. Le Conseil constitutionnel est intervenu, dans ses hypothèses, pour obliger le législateur à prévoir un régime de gestion des biens de nature à imposer au gestionnaire le principe de la continuité du service public. Les régimes prévus par ces textes particuliers sont-ils suffisants pour garantir le respect le principe de continuité du service public ?

Cette exigence de la loi organique d'appartenance d'un bien à une personne publique a une autre conséquence. Lorsqu'un bien est affecté ou est sur le point d'être affecté à un service public et fait l'objet d'aménagements indispensables, le seul moyen si on souhaite que ce bien ne soit pas du ressort du domaine public, est de le faire appartenir à une personne privée. Si ce bien appartient à une personne privée, il ne fera pas partie du domaine public quelle que soit son importance pour le service public. Dans quelle mesure, les collectivités territoriales peuvent-elles ainsi éviter qu'un bien ne soit pas propriété publique ? L'hésitation était permise et j'ai longtemps pensé que les collectivités territoriales disposaient ainsi d'une certaine marge de manœuvre. Mais un avis de 2005 du Conseil d'Etat sur les remontées mécaniques, m'oblige à constater que dès lors qu'un bien est nécessaire au service public, il doit appartenir normalement au domaine public, et être propriété de la personne publique. Mais ce principe de la jurisprudence fait l'objet de multiples dérogations de la part du législateur. Notamment en prévoyant la possibilité pour les collectivités locales ou autres personnes publiques, de recourir à des types de contrat qui permettent que ce bien, nécessaire au service public, soit financé et réalisé par une personne privée qui en reste propriétaire durant toute la durée du contrat et qui le met seulement à disposition de la collectivité publique : tels le BEA, le contrat de partenariat, les AOT constitutives de droit réel, le crédit-bail...

L'affectation à usage direct du public et l'affectation au service public

Le code maintient la distinction, classique dans notre droit domanial, entre l'affectation à usage direct du public et l'affectation au service public. La jurisprudence antérieure au code avait tendance à atténuer la portée de cette distinction dans la mesure où le critère d'aménagement spécial devait être rempli pour qu'un bien appartienne au domaine public

autant pour les biens affectés à l'usage du public que de biens affectés au service public. Les conditions d'appartenance de ces deux types de biens du domaine public artificiel tendaient à être les mêmes. Le code revient sur cette assimilation. Pour lui, un bien affecté à l'usage du public appartient au domaine public du seul fait de cette affectation à l'usage direct du public, alors qu'un bien affecté au service public n'appartient au domaine public qu'à partir du moment où la réalisation des aménagements indispensables pour son affectation au service public ont commencé. Puis que les conditions d'appartenance ne sont pas les mêmes, le problème est de savoir quand un bien est affecté au service public ou à l'usage direct du public. Certains cas paraissent simples d'autres sont plus complexes : les stades, les halles...

Quant à la domanialité publique virtuelle, elle disparaît moins par le critère de l'aménagement indispensable, que par le fait de ne pas avoir été reprise par le code, alors qu'il s'agit d'une règle qui précise le champ d'application de la domanialité publique. Elle semble abrogée dans le code, elle disparaît donc pour l'avenir mais pas pour le passé.

L'application dans le temps

Un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon a décidé que la nouvelle définition du code ne s'applique que pour l'avenir. Les biens qui appartenaient au domaine public avant l'entrée en vigueur du code parce qu'ils disposaient d'un aménagement spécial, continuent à appartenir au domaine public alors même que leur aménagement ne peut être considéré comme un aménagement indispensable. La Cour dit : s'il n'a pas eu de décision de déclassement, le code ne peut pas valoir déclassement législatif pour tous les biens qui, en vertu du nouveau critère, ne seraient pas susceptibles dans l'avenir d'appartenir au domaine public. Cet enjeu est considérable. On peut comprendre la décision de la cour de Lyon, mais il paraît difficile, dès lors qu'il n'y a pas d'acte de classement et que l'appartenance au domaine public résulte uniquement des conditions énumérées dans le texte sont remplies, si ces conditions ne sont plus remplies le bien n'appartient plus.

Christine Maugüe

Je prends connaissance aujourd'hui de cet arrêt. Pour les rédacteurs du texte, la publication du code valait mesure de déclassement législatif. Dans la mesure où il n'y avait pas d'acte de classement, il ne nous a pas paru utile de préciser le déclassement dans l'ordonnance. Cette question n'a pas de lien avec celle de la convention d'occupation. Les conventions d'occupation conclues sur des biens qui appartenaient au domaine public en vertu de l'ancienne définition ne deviennent pas caduques par l'entrée en vigueur du CGPPP.

Etienne Fatome

Le Tribunal des conflits dans son arrêt, Caisse centrale de réassurance, a bien dit que la nature du contrat ne changeait pas en cours d'existence du contrat. Si cette jurisprudence s'applique, il faut considérer que le contrat reste un contrat administratif et que son régime juridique demeure celui de la domanialité publique. Certes, mais comment appliquer le régime de la domanialité publique à un contrat qui ne concerne plus le domine public ? Le régime juridique trouve sa légitimité dans l'appartenance au domaine public, toutefois il n'est pas certain que la pratique ne soulève pas des difficultés à continuer d'appliquer ce régime sur des biens qui n'appartiennent plus au domaine public. Un certain nombre de questions restent en suspens. Je regrette, en présence un arrêt de ce type, que les cours ne renvoient pas au Conseil d'Etat, pour demander un avis contentieux et que la question soit réglée directement par les avis du Conseil d'Etat. Cette incertitude sera très inconfortable durant quelques années.

LA LIGNE DE PARTAGE

LA LIGNE DE PARTAGE SUR LE TERRAIN : L'ALIGNEMENT

Pierre DEVARENNE
avocat au barreau de Chalons en Champagne,
agrégé de droit public

DEFINITION ET ENJEUX DE L'ALIGNEMENT :

Les dispositions législatives et réglementaires dont l'origine remonte à l'Edit « de Sully » (1607), qui régissent la matière, sont incluses dans le Code de la Voirie Routière (Article L 112-1 et suivants et R 112-1 et suivants).

L'alignement est défini comme suit à l'article L 112-1 :

« L'alignement est la détermination par l'autorité administrative de la limite du domaine public routier au droit des propriétés riveraines. Il est fixé soit par un plan d'alignement, soit par un alignement individuel ».

La jurisprudence précise quant à elle, que :

« L'alignement de la voie doit s'entendre de la limite physique marquant la fin du domaine public affecté à cette voie ; que cette limite est représentée par l'extrémité de l'accotement qui est nécessaire au soutien de la voie et en constitue l'accessoire indissociable » (voir par exemple, la CAA de LYON – Requête n° 97LYO1281 – Commune de ST PRIEST).

On mesure immédiatement les enjeux.

S'agissant de la limite entre le domaine public et les parcelles riveraines, il est clair que se trouve impliqué le droit de propriété ; dès lors que la quasi-totalité des propriétés privées jouxtent le domaine public routier, il est clair que la question ne peut être marginale.

En outre, la question de l'alignement se pose dans des situations diverses, notamment lors de l'instruction d'un permis de construire ou de l'engagement d'une procédure d'arrêté de péril, à l'occasion d'un remembrement rural ou de la mise en place d'un plan local d'urbanisme ...

Si la voirie occupe une place importante dans le patrimoine des collectivités locales, celle-ci affecte également leurs budgets puisqu'il s'agit d'un indicateur de charges et un critère de répartition des dotations de l'Etat aux collectivités ; il n'est pas inutile ici de rappeler que le volume de l'enveloppe de la dotation globale d'équipements (DGE) des Communes, mise à la disposition des Préfets, tient compte de la longueur de la voirie classée dans le domaine public communal et que certaines des composantes de la DGF tiennent compte du linéaire de voirie de chaque collectivité. (voir par exemple, Circulaire du Préfet des Hautes-Alpes du 26 Septembre 2007)

Enfin, il est utile de rappeler que les Communes ont obligation d'établir leur plan d'alignement et qu'il s'agit d'une dépense obligatoire selon l'article L 2321-2 – 18°/ du CGCT.

SON DOMAINE

Le critère de la domanialité publique

Les voies classées dans le domaine public :

Le domaine public routier est défini à l'article L 111-1 du Code de la Voirie Routière qui précise que :

« Il comprend l'ensemble des biens du domaine public de l'Etat, des départements et des communes affectés aux besoins de la circulation terrestre, à l'exception des voies ferrées ».

Cette définition est reprise à l'article L 2111-14 du CG3P :

« Le domaine public routier comprend l'ensemble des biens appartenant à une personne publique mentionnée à l'article L1 et affectés aux besoins de la circulation terrestre, à l'exception des voies ferrées ».

Toutefois, le renvoi à l'article L1 élargit la liste des personnes publiques puisque se trouvent visés, outre l'Etat et les Collectivités Territoriales, *« leurs Groupements ainsi que les établissements publics ».*

Selon la jurisprudence, relèvent du domaine public routier :

« les trottoirs et les parkings (CAA de DOUAI – 29 Janvier 2004 Commune d'HAUBOURDIN – Requête n° 01DA00923)

les talus et fossés nécessaires au bon usage de la route (CAA de LYON – 22 Novembre 2001 – Juris Data n°2001 /182191)

les murs de soutènement ou clôtures et murets nécessaires à la voirie (Conseil d'Etat 14 mars 2000 – SIMONI – Requête n° 208102 Juris Data n°2000/061528 – CAA de NANTES le 30 Juillet 2002 – Commune de HEDE – Requête n° 00NT00027)

les pistes cyclables (Cassation Crim. 19 Juin 1968 – Bulletin Crim. n°198)... »

L'article L 1311-1 du CGCT et l'article L 3111-1 du CG3P rappellent d'une seule voix que ces biens sont *« inaliénables et imprescriptibles ».*

L'article L 141-2 du Code de la Voirie Routière précise que le Maire exerce sur la voirie communale, les attributions mentionnées aux 1^o) et 5^o) de l'article L 122-19 du Code des Communes, devenu l'article L 2122-21 du CGCT notamment en ce qui concerne : *« les mesures relatives à la voirie communale »* tandis que l'article L 141-3 précise que : *« le classement et le déclassement des voiries communales sont prononcés par le Conseil Municipal ».*

Lorsqu'il existe un établissement public de coopération intercommunale, les articles L 141-12 et PR 141-22 précisent que les attributions dévolues au Maire ou au Conseil Municipal, sont exercées, le cas échéant, par le Président et par l'Assemblée délibérante de l'EPCI compétent.

L'exclusion du domaine privé :

a) Les chemins ruraux :

De façon redondante, l'appartenance des chemins ruraux au domaine privé des Communes, est affirmée par :

- l'article L 161-1 du Code Rural : « *les chemins ruraux sont des chemins appartenant aux Communes, affectés à l'usage du public, qui n'ont pas été classés comme voies communales ; ils font partie du domaine privé de la Commune* »
- l'article L 161-1 du Code de la Voirie Routière : « *les chemins ruraux appartiennent au domaine privé de la Commune, ils sont affectés à la circulation publique et soumis aux dispositions du chapitre 1^{er} du Titre 2 du Livre 1^{er} du Code Rural* »
- l'article L 2212-1 du CG3P « *Font également partie du domaine privé, :*
 - *les chemins ruraux*
 - *les bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier* ».

Un chemin ouvert au public et non classé dans la voirie communale, est un chemin rural appartenant au domaine privé de la Commune (Conseil d'Etat du 13 Mai 1988 – Comité de Défense des Sites de la Turbie et autres – Droit Public 1989/1518)

La fixation de la limite entre le chemin rural et les propriétés riveraines, relève du droit commun de l'action aux fins de bornage, de l'article 646 du Code Civil dont la compétence est réservée au Juge judiciaire (Cass. 3^{ème} Civ. 19/12/2001 Bull. Civ. I n°157 Revue du Droit Rural 2002/250)

Toutefois, une disposition spécifique est prévue à l'article L 161-9 du Code Rural qui renvoie aux dispositions de l'article L 141-6 du Code de la Voirie Routière lorsqu'il s'agit d'un élargissement n'excédant pas deux mètres ou un simple redressement d'un chemin rural ; dans ce cas, une décision est prise par délibération du Conseil Municipal emportant transfert au profit de la Commune de la propriété des parcelles ou partie de parcelles non bâties, situées à l'intérieur des nouvelles limites.

Par contre, ne s'applique pas l'ensemble des autres dispositions relatives à l'alignement (Voir *a contrario* Article L 161-2 du Code de la Voirie Routière).

b) Les voies privées :

Relèvent de cette catégorie, les chemins et sentiers d'exploitation régis par les articles L 162-1 à L 162-5 du Code Rural.

Ils sont définis comme ceux « *qui servent exclusivement à la communication entre divers fonds, ou à leur exploitation. Ils sont, en l'absence de titre, présumés appartenir aux propriétaires riverains, chacun en droit soi, mais l'usage en est commun à tous les intéressés. L'usage de ces chemins peut être interdit au public* ».

Le caractère de voie privée est rappelé aux articles L 162-2 et L 162-3 du Code de la Voirie Routière insérés dans un chapitre II, intitulé : « *Voies privées* », nonobstant le fait qu'un chemin ou sentier d'exploitation peut être ouvert à la circulation publique.

Pour l'ensemble des voies privées, les dispositions relatives à l'alignement sont inapplicables.

La jurisprudence a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de le rappeler lors de l'application de l'article L 2212-2 du CGCT.

Cet article donne pouvoir au Maire d'exercer la police municipale pour « *tout ce qui intéresse la sécurité et la commodité des passages dans les rues, quais, places et voies publiques...* ».

A l'occasion de l'exercice de ce pouvoir, le Maire n'a pas compétence pour définir les limites et le tracé d'une voie privée même ouverte à l'usage du public (Conseil d'Etat 15 Juin 1998 – Requête n° 171786 Commune de CLAIIX) ; notamment, il n'appartient pas au Maire de fixer le long de voies privées, la distance devant séparer des constructions se faisant face et par conséquent, la largeur minimum de la voie privée (Conseil d'Etat – 6 Août 1915 – Requête n°54538 ; Conseil d'Etat 18 Octobre 1918 – Requête n°54537)

Le critère de l'objet

La fixation d'une limite

En premier lieu, l'objet de l'alignement est de fixer la limite d'une emprise relevant du domaine public.

L'existence d'un plan d'alignement a pour conséquence, l'institution de servitudes de reculement pour les terrains bâtis qui ne sauraient se confondre avec d'autres servitudes ayant d'autres objets telles que :

- les servitudes de visibilité prévues aux articles L 114-1 à L 114-6 du Code de la Voirie Routière, destinées à assurer une meilleure visibilité à proximité des croisements, virages ou points dangereux ou incommodes pour la circulation publique ;
- les servitudes non aedificandi prévues à l'article L 111-1-4 du Code de l'Urbanisme applicables en dehors des espaces urbanisés des Communes dans un bande de 100 mètres de part et d'autre de l'axe des autoroutes, des

routes expresses et des déviations au sens du Code de la Voirie Routière et de 75mètres de part et d'autre, de l'axe des autres routes à grande circulation, instituées pour assurer la sécurité et la protection des nuisances. L'utilisation de la procédure d'alignement à une autre fin serait sanctionnée par le Juge Administratif pour détournement de procédure ou de pouvoir.

La voirie

La fixation de la limite doit exclusivement concerner la voirie et ses dépendances immédiates.

Ainsi, l'alignement ne peut concerner un calvaire situé à l'extérieur de la voie et qui ne constitue pas une dépendance (Conseil d'Etat – 4 Mars 1977 – Commune de LOCTUDY – Requête n°01964).

LE REGIME JURIDIQUE DU PLAN D'ALIGNEMENT

La Procédure

Elle est organisée aux articles L 141-3 et suivants et R 141-1 et suivants du Code de la Voirie Routière.

Selon l'article L 141-3 c'est le Conseil Municipal qui est compétent pour l'établissement des plans d'alignement (ainsi que pour le nivellement, l'ouverture, le redressement ou l'élargissement des voies).

La décision est précédée d'une enquête publique dont les modalités sont précisées aux articles R 141-4 et suivants.

Le dossier d'enquête doit comporter notamment, une notice explicative, un plan de situation et un plan parcellaire avec indication d'une part, des limites existantes de la voirie communale, des parcelles riveraines et des bâtiments existants et d'autre part, des limites projetées de la voie communale ainsi que la liste des propriétaires des parcelles comprises en tout ou partie dans l'emprise du projet.

A défaut de notice explicative, la procédure est irrégulière et par suite, le plan d'alignement est illégal et doit être annulé (Conseil d'Etat – 15 Février 1999 – Commune de TALLENDE – Requête n° 162690)

La notification individuelle du dépôt du dossier à la Mairie doit être faite aux propriétaires des parcelles comprises dans l'emprise du projet par lettre recommandée avec accusé de réception.

A l'issue de l'enquête publique dont la durée est fixée à quinze jours, il appartient au Conseil Municipal de délibérer pour approuver le plan d'alignement.

Lorsque les conclusions du Commissaire Enquêteur sont défavorables, le Conseil Municipal peut passer outre, par une délibération motivée. (Article L 141-4 du Code de la Voirie Routière).

Les effets

1 – Importants

Selon l'article L 112-2 du Code de la Voirie Routière : « *La publication d'un plan d'alignement attribue, de plein droit, à la collectivité propriétaire de la voie publique, le sol des propriétés non bâties dans les limites qu'il détermine. Le sol des propriétés bâties à la date de publication du plan d'alignement est attribué à la collectivité propriétaire de la voie dès la destruction du bâtiment. Lors du transfert de propriété, l'indemnité est, à défaut d'accord amiable, fixée et payée comme en matière d'expropriation* ».

Ainsi, le plan d'alignement a pour effet immédiat d'incorporer dans le domaine public, le sol des propriétés non bâties dans les limites qu'il fixe.

Si la procédure se distingue de celle de l'expropriation, ses effets sont similaires puisque :

- a) il s'agit d'un mode de cession forcée de propriété « *sans que puisse être invoquées utilement, les dispositions de l'article 545 du Code Civil et de l'article IV de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » (Conseil d'Etat – 18 mars 1998 – Préfet de l'Ardèche Requête n° 169649) et sans qu'il soit besoin de faire trancher par le Juge Judiciaire, une quelconque question préjudicielle (CAA de BORDEAUX – 8 Juillet 2002 – Comme d'AHUN – Requête n°98BX02280).
- b) l'indemnisation du propriétaire riverain, s'opère comme en matière d'expropriation, ce qui renvoie à la compétence, à défaut d'accord amiable, du Juge de l'Expropriation qui fixe l'indemnité conformément aux règles instaurées par le Code de l'Expropriation ; ainsi, l'indemnisation est susceptible de comporter une indemnité de remplacement (Cour de Cassation – 3^e Chambre Civile – Ville de PARIS – Pourvoi n°9070069).

2 – Mais encadrés

Le Juge Administratif s'assure que la procédure d'alignement a été mise en œuvre à bon escient et qu'elle n'est pas détournée de son objet puisqu'il s'agit de fixer la limite de la voirie. Cette procédure est inapplicable dans le cas d'ouverture de voies nouvelles ou de déplacement de voies existantes ; elle ne saurait se substituer à la procédure d'expropriation (Conseil d'Etat – 16 Juin 1939 – Cie Automobile de

PLACE – Recueil Conseil d’Etat 1939 – Page 404). Ainsi, s’est développée une jurisprudence autour de la notion d’atteinte excessive à l’immeuble riverain.

a – A l’occasion de la procédure d’arrêté de péril

Lorsqu’un plan d’alignement affecte un terrain bâti, il est institué une servitude de reculement qui fait interdiction aux propriétaires d’effectuer les travaux confortatifs sur les immeubles existants.

Si cet immeuble menace ruine, on conçoit aisément que l’arrêté de péril ne peut prescrire que la démolition.

A cette occasion, le Juge Administratif vérifie si l’alignement prévu par la servitude de reculement a ou non, pour effet, d’atteindre l’immeuble sur une grande profondeur et d’en bouleverser l’aménagement intérieur.

S’il n’y a pas atteinte excessive, seule la démolition de la partie de l’immeuble frappé de reculement, peut mettre fin à l’état de péril (Conseil d’Etat 19 Octobre 1979 – Ville de BORDEAUX – Requête n° 12316).

Par contre, lorsque le plan d’alignement a « *pour effet d’atteindre l’immeuble en question sur une grande profondeur et d’en bouleverser l’aménagement intérieur, cet immeuble doit être soustrait aux effets de la servitude de reculement* » ; dans ces circonstances, l’arrêté de péril ordonnant la démolition, est annulé, le plan d’alignement ne pouvant imposer l’obligation de ne prescrire que des travaux de démolition (Conseil d’Etat – 8 Mars 1974 – Ville de RENNES – Requête n°82394).

b – A l’occasion d’une demande de permis de construire

Dans les mêmes circonstances, la juridiction administrative contrôle les effets du plan d’alignement à l’occasion d’une demande de permis de construire portant sur les travaux confortatifs et affectant un immeuble bâti qui est implanté à l’intérieur des limites d’un plan d’alignement.

Alors que de tels travaux ne seraient pas normalement autorisés en application de l’article L 112-6 du Code de la Voirie Routière, le Conseil d’Etat annule un arrêté portant refus de permis de construire au motif que le plan d’alignement « *a pour effet d’atteindre la propriété bâtie...sur une grande profondeur et de rendre malaisée son utilisation selon sa destination actuelle ; que dès lors, cet immeuble ne saurait légalement être assujéti à la servitude de reculement* » (Conseil d’Etat 9 décembre 1987 – Commune d’AUMERVAL – Requête n° 80456).

L'articulation avec le droit de l'urbanisme

1 – L'article L 126-1 du Code de l'urbanisme

Selon l'Article L 126-1 du Code de l'urbanisme :

« Les plans locaux d'urbanisme doivent comporter en annexe, les servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation du sol et qui figurent sur une liste dressée par décret en Conseil d'Etat.

Le représentant de l'Etat est tenu de mettre le Maire ou le Président de l'Etablissement Public compétent en demeure d'annexer au plan local d'urbanisme, les servitudes mentionnées à l'alinéa précédent. Si cette formalité n'a pas été effectuée dans le délai de trois mois, le représentant de l'Etat y procède d'office.

Après l'expiration d'un délai d'un an à compter, soit de l'approbation du plan, soit, s'il s'agit d'une servitude nouvelle, de son institution, seules les servitudes annexées au plan peuvent être opposées aux demandes d'autorisation d'occupation du sol... ».

En application de ce texte, le plan d'alignement non repris en annexe du PLU deviendrait inopposable et ne pourrait pas être pris en compte à l'occasion de la délivrance d'un permis de construire.

Ainsi, on ne saurait à l'occasion de l'instruction d'un permis de construire, retrancher de l'assiette d'un terrain pour apprécier sa constructibilité, la superficie attribuée de plein droit à la Commune par application d'un plan d'alignement dès lors que celui-ci n'a pas été reporté en annexe du PLU (Conseil d'Etat – 10 Janvier 2007 – Ville de GRENOBLE – Requête n° 280403).

Par contre, le plan d'alignement existant au moment de l'élaboration du PLU continue à produire ses effets, même non repris en annexe, jusqu'à l'expiration du délai d'un an à compter de l'approbation du PLU (CAA de PARIS – 19 Mai 1998 – Ministre de l'Équipement des Transports et du Logement / BRUCHE – Requête n°96165 BJDU 6/1998)

Toutefois, si l'absence de report du plan d'alignement au titre des servitudes annexées au PLU, le rend inopposable dans le cadre de l'application des dispositions du Code de l'Urbanisme, il ne rend illégal ni le plan d'alignement (TA de CHALONS EN CHAMPAGNE – Commune de FONTAINE SUR AY – Requêtes n° 0401209 et 0402040) ni le plan local d'urbanisme (Conseil d'Etat 3 mars 1990 STOCKHAUSEN DA 1990/259).

2 – L'article L 123-2 du Code de l'Urbanisme :

Selon l'article L 123-2 du Code de l'Urbanisme : *« Dans les zones urbaines ou à urbaniser, le plan local d'urbanisme peut instituer des servitudes consistant :*

c) à indiquer la localisation prévue et les caractéristiques des voies et ouvrages publics ainsi que les installations d'intérêt général et les espaces verts à créer ou à modifier en délimitant les terrains qui peuvent être concernés par ces équipements ».

En outre, l'article L 123-1 du même Code précise que les PLU peuvent :

« 6°) préciser le tracé et les caractéristiques des voies de circulation à conserver, modifier ou à créer, y compris les rues ou sentiers piétonniers et les itinéraires cyclables, les voies et espaces réservés aux transports publics...

8°) fixer les emplacements réservés aux voies et ouvrages publics, aux installations d'intérêt général ainsi qu'aux espaces verts ».

A ce titre, le plan local d'urbanisme peut fixer des limites nouvelles aux anciennes voies qui ne seront plus régies par le plan d'alignement et qui, à ce titre, ne pourront être modifiées que par une révision ou une modification du PLU (Conseil d'Etat 3^{ème} et 5^{ème} s/sections – 25/05/1990 – RODRIGUEZ – Juris Data n° 1990/641645)

Mais, les deux régimes juridiques coexistent dans la mesure où ils ont des finalités distinctes.

Ainsi, les plans d'alignement sont pourvus d'effets attributifs immédiats de propriété à l'inverse du règlement du PLU ; par contre, celui-ci peut prévoir des élargissements importants ou des voies nouvelles contrairement à l'instauration d'un plan d'alignement.

LE REGIME JURIDIQUE DE L'ALIGNEMENT INDIVIDUEL

Portée limitée quant à ses effets juridiques

1) Simple acte déclaratif

L'alignement individuel est l'acte par lequel l'Administration indique à un propriétaire riverain d'une voie publique la limite de celle-ci au droit de sa propriété sans préjudice du droit des tiers.

Selon l'article L 112-3 du Code de la Voirie Routière, il est délivré par le Maire lorsqu'il s'agit d'une voie communale.

Sa délivrance recouvre deux hypothèses :

- soit, il existe un plan d'alignement auquel cas il est délivré en application de ce plan,
- soit, il n'existe pas de plan d'alignement auquel cas, il est destiné à constater la limite matérielle de la voie publique.

Il s'agit alors, d'une « photographie » qui doit être conforme à l'état des lieux à la date à laquelle l'arrêté est pris et dont la légalité s'apprécie à cette date (Conseil d'Etat – 28 Juillet 2004 – Commune de St André le Gaz – Requête n°260608).

Le Conseil d'Etat rappelle d'ailleurs, que s'agissant d'un simple acte déclaratif, son opposabilité n'est pas conditionnée à sa notification (20 Juin 2008 – Commune de CHENAC ST SEURIEN D'UZET – Requête n° 306079).

2) Sans caractère opérationnel

En l'absence de plan de l'alignement, l'arrêté individuel d'alignement ne peut avoir légalement d'autre objet que de constater les limites réelles des voies existantes.

Ainsi l'arrêté est entaché d'erreur de droit s'il a pour objet « *de grever la propriété riveraine de la voie publique d'une « servitude » délimitée en fonction de l'emprise future des voies* » (Conseil d'Etat 21 Juillet 1995 – Ville de LEOGNAN – Requête n°103853).

Portée limitée dans le temps

S'agissant d'un acte purement déclaratif, l'arrêté individuel d'alignement n'est pas créateur de droits.

En premier lieu, il devient caduc dès qu'intervient un fait nouveau ; inversement, il reste valable en ce qui concerne la délimitation de la voie publique « *tant qu'il ne se produit pas de fait nouveau alors même que l'autorité qui le délivre, a fixé un délai pour la réalisation des travaux en vue desquels l'alignement a été demandé* » (Conseil d'Etat – 26 mai 2004 – Commune de ST MARTIN DE JUSSAC – Requête n°249157)

En second lieu, et parce que « *l'arrêté d'alignement qui se borne à constater la limite d'une voie ne confère pas de droit à la personne qui en a sollicité la délivrance* » un nouvel arrêté peut fixer une limite différente à un arrêté précédent «*même en l'absence de faits nouveaux* » dès lors qu'il n'est ni établi ni allégué que les constatations du second arrêté ne correspondraient pas aux limites réelles de la voie publique (Conseil d'Etat 10 Janvier 2007 Conseil Général du Pas-de-Calais Requête n°283384)

Contrôle restreint du Juge Administratif

L'obligation de délivrance :

Celle-ci est prescrite par l'article L 112-4 du Code de la Voirie Routière « *l'alignement individuel ne peut être refusé au propriétaire qui en fait la demande* ».

Cette obligation de délivrance est absolue, qu'il y ait ou non plan d'alignement et quand bien même celui-ci serait en cours d'instruction (Conseil d'Etat 28 Mai 1971 POZZO Recueil Conseil d'Etat 1971 - Page 422).

Par ailleurs, l'autorité administrative compétente étant tenue d'y satisfaire, une décision implicite de refus du Maire serait entachée d'une erreur de droit et devrait être annulée pour ce motif (voir en ce sens, TA d'AMIENS – 20 décembre 2007 – MILLE – n°0600443 RJDA 31 Mars 2008 – Page 660)

Le refus de délivrer l'alignement peut également ouvrir droit à indemnité (Conseil d'Etat – 7 Novembre 1934 – PLOT – Recueil Conseil d'Etat 1934 – Page 1030 ; Conseil d'Etat – 29 Janvier 1958 – SANCERNI RTDA 1958 n°88).

Contrôle de l'erreur de fait :

Lorsque l'arrêté d'alignement a été délivré, le Juge Administratif se contente de contrôler la réalité matérielle de la limite à la date de la décision.

Dès lors, il ne saurait être saisi utilement de conclusions relatives à des contestations sur la propriété dont le droit n'est pas susceptible d'être affecté :

« Si les requérants soutiennent qu'une bande de terrain dont ledit arrêté constate l'inclusion dans les limites de la voie publique serait en réalité leur propriété, cette contestation, sur laquelle il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de statuer, ne peut être utilement soulevée à l'appui de conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté d'alignement... L'alignement individuel n'emporte aucun effet sur le droit de propriété des riverains ; que par suite, il ne saurait être utilisé pour procéder à une expropriation ; que les requérants ne sont donc pas fondés, en tout état de cause, à soutenir que l'arrêté attaqué serait entaché d'un détournement de pouvoir » (Conseil d'Etat 18 mars 1998 Préfet du Puy de Dome Requête n°171751)

CONCLUSION

L'ALIGNEMENT – UN CHAMP PRIVILEGIE DE COMPETENCE POUR LE JUGE ADMINISTRATIF QUI N'EXCLUT PAS TOTALEMENT LE JUGE JUDICIAIRE EN CAS D'ATTEINTE DU DROIT DE PROPRIETE DU RIVERAIN

Tel qu'il vient d'être indiqué, le Juge Judiciaire n'a pas sa place en matière d'arrêté individuel d'alignement puisqu'il s'agit d'un acte purement déclaratif non constitutif de droits et qui ne saurait, en conséquence, porter atteinte au droit de propriété dont le Juge Judiciaire est garant. En ce qui concerne, les plans d'alignement, la situation est d'une autre nature puisque tel qu'il vient d'être évoqué, leurs effets sont importants tant en ce qui concerne l'incorporation dans le domaine public du sol des propriétés non bâties que la constitution de servitudes de reculement pour les propriétés non bâties.

Toutefois, le Juge Administratif non seulement parce que les arrêtés d'alignement constituent des actes administratifs soumis à son contrôle mais encore, parce qu'il est le Juge « du domaine public », a une place essentielle.

Ainsi, le Tribunal des Conflits, dans une décision du 18 mars 1991 rappelle : « *Il n'appartient qu'à la juridiction administrative de se prononcer sur l'existence, l'étendue et les limites du domaine public* » (Préfet de la Réunion / Epoux KICHEIN – Requête n° 2635)

Deux conséquences en découlent directement

En premier lieu, les Tribunaux de l'Ordre Judiciaire en cas de contestation sérieuse, doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que soit tranchée par la juridiction administrative, la question préjudicielle de l'appartenance d'un bien au domaine public (Tribunal des Conflits 28 Avril 1980 – Préfet de la SEINE ST DENIS / Président du TGI de BOBIGNY SCIF « RESIDENCE DES PERRIERS / CENTRE HOSPITALIER INTER COMMUNAL DE MONTFERMEIL Requête n°2160).

En second lieu, il appartient au Juge Administratif saisi sur renvoi de la juridiction judiciaire d'une question préjudicielle portant sur la délimitation du domaine public, de se prononcer sur les limites de ce domaine même en l'absence d'acte administratif de délimitation (Conseil d'Etat – 13 février 2004 – Commune de LISSAC SUR COUZE – Requête n°237499)

Dès lors, la compétence du Juge Judiciaire n'est que résiduelle. Il sera compétent pour connaître d'une action tendant à interdire à l'Administration d'exécuter sans titre, des travaux sur une propriété privée dès lors que l'arrêté d'alignement a fixé, avec précision, les limites du domaine public routier et qu'il n'est pas susceptible d'interprétation (Tribunal des Conflits – 17 Décembre 1962 – Société Civile du Domaine de CONTEVILLE – Recueil – Conseil d'Etat 1962 Page 830).

Le Juge de l'Expropriation est lui-même compétent lors du transfert de propriété immédiat pour les terrains non bâtis et, différé pour les terrains bâtis mais seulement pour fixer l'indemnité.

Enfin, traditionnellement, le Juge Judiciaire retrouve sa compétence lorsque sont invoqués les titres de propriétés dont l'examen soulève une difficulté sérieuse obligeant alors, le Juge Administratif à surseoir à statuer et à renvoyer à l'autorité judiciaire la solution de la question préjudicielle de propriété (Conseil d'Etat – 25 mai 1994 – BESSET – Requête n°110923 Conseil d'Etat 13 mars 1996 PETIT Requête n°143200)

Toutefois, cette jurisprudence nous apparaît avoir une application résiduelle en la matière dans la mesure où l'objet de la délimitation est constitué non pas, par des titres de propriétés mais par des plans d'alignement ; il faudrait alors, pour qu'une question préjudicielle puisse ressortir de la compétence judiciaire, qu'à l'occasion d'un recours contre un plan

d'alignement, il soit invoqué par le riverain, le caractère excessif de l'emprise au regard d'un titre de propriété contesté dont il se prévautrait.

Certes, la matière de « *l'alignement* » n'échappe pas totalement à la complexité liée à la détermination de la ligne de partage entre les compétences administratives et judiciaires ; mais cette complexité inhérente à tout ce qui touche le droit de propriété est accrue par la conjonction en ce domaine de législations multiples et variées issues du Code de la Voirie Routière, du CG3P, du Code Général des Collectivités Territoriales, du Code de l'Urbanisme, du Code de l'Expropriation, du Code Rural, du Code Civil...

Nul doute qu'un effort d'harmonisation et de simplification serait bienvenu ici, comme ailleurs.

LA LIGNE DE PARTAGE

LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

par Emmanuel GLASER
Conseiller d'Etat

Le sujet est simple dans son principe et inextricable dans sa mise en œuvre. Dans son principe, le juge administratif est compétent pour tout ce qui a trait au domaine public et le juge judiciaire pour tout ce qui a trait au domaine privé. Pour le domaine public, l'application est assez naturelle à quelques exceptions près. Pour le domaine privé, la compétence du juge judiciaire est plus complexe d'application et les nombreuses exceptions enlèvent, au stade actuel, toute notion même de règle.

La compétence relative au domaine public

Seul le juge administratif est compétent pour se prononcer sur l'existence, l'étendue et les limites du domaine public. Cette règle est assez ancienne et de nombreux arrêts la confirme : Bois de Vincennes, du Bois de Boulogne, des plages... La seule question que l'on rencontre rarement est la question de propriété, lorsque celle-ci repose sur l'invocation par les parties de titres de propriété et que cette invocation pose une difficulté sérieuse. Lorsque ces trois conditions sont réunies, le juge administratif, qui n'est pas celui de la propriété privé doit surseoir à statuer, poser une question préjudiciaire au juge judiciaire qui va examiner les titres de propriété, statuer sur la propriété et le juge administratif statuera ensuite sur le domaine public, son étendue ou ses limitations. Dans les faits, au niveau du Conseil d'Etat, cette situation est assez rare, les titres de propriété invoqués ne posent généralement pas de difficulté sérieuse, si tel est le cas, nous renvoyons.

L'autre compétence du juge administratif, fréquente et d'usage régulier, concerne l'expulsion d'occupant sans titre du domaine public, elle ne relève que du seul juge administratif. La procédure de l'article L 521-3 du Code du juge administratif (CJA), mesures de référés, mesures utiles permet de faire expulser en urgence les occupants sans titre du domaine public. Une seule exception, les occupants sans titre des dépendances de la voirie routière qui relèvent du juge judiciaire en vertu d'un arrêt du Tribunal des conflits (TC) du 17 octobre 1988, commune de Sainte-Geneviève-des-Bois, page 492 du recueil.

Dans la même logique, le juge administratif est seul compétent pour réprimer les atteintes au domaine public par le biais des contraventions de grande voirie, article L 674-1 du CJA, article rappelé dans le CGPPP.

En matière de domaine public, les attributions traditionnelles du juge administratif sont législatives et également reprises dans le CGPPP : le juge administratif est seul compétent pour connaître des autorisations unilatérales ou des conventions d'occupation domaniale. Seul compétent pour connaître les questions de principe ou de fixation de redevance du domaine public. Enfin, il est seul compétent pour connaître des baux emphytéotiques passés par les collectivités territoriales.

En matière de domaine public, le juge judiciaire a peu de compétences, outre les exceptions déjà mentionnées sur les questions de propriété et celui des occupants sans titre de la voirie routière. Il existe deux autres exceptions. L'une, assez importante dans les faits concerne le contentieux des services publics industriels et commercial (SPIC), le contentieux des usagers des SPIC occupant le domaine public — RFF par exemple possède un domaine public assez étendu — ce contentieux des SPIC avec leurs usagers, alors qu'il porte sur l'occupation du domaine public, en vertu du bloc de compétence générale en matière de SPIC relève du juge judiciaire, arrêt du TC du 17 novembre 1975, Gamba. Enfin par dérogation à la règle sur la protection au domaine public appartenant au juge administratif, les contraventions de voirie routière relèvent du juge judiciaire.

La compétence relative au domaine privé

En apparence la règle est symétrique et simple, pour le domaine privé, depuis des temps immémoriaux, un arrêt du 7 décembre 1844, Fino qui juge que seul le juge judiciaire est compétent en matière de domaine privé. Le Tribunal des conflits, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation affirment dans de très nombreux arrêts que : « les litiges concernant la gestion du domaine privé relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires ». Il ne s'en déduit pas que le juge administratif ne soit pas compétent dans le domaine privé, et l'on peut retrouver des compétences concurrentes dans ce champ. La répartition des compétences n'y est pas la plus simple. En matière de domaine privé, le juge administratif a développé une jurisprudence qui est celle de l'acte détachable. Les actes pris sur le domaine privé ou ayant trait au domaine privé, sont quand même des actes administratifs, c'est-à-dire des actes pris organiquement par des personnes publiques. Et le juge administratif exerce une compétence naturelle sur ces actes. Il faut donc distinguer la gestion du domaine privé en tant que telle dont la théorie relève du juge judiciaire, et les actes administratifs que l'on peut séparer de cette gestion. A cette difficulté jurisprudentielle, s'ajoute le fait que le juge administratif et le Tribunal des conflits ont toujours beaucoup de difficulté à déterminer ou à fixer un critère de ce qu'est l'acte détachable de la gestion du domaine privé qui soit reconnu par la juridiction elle-même. Le Conseil d'Etat, notamment, n'a pas eu de position ferme sur la notion de critère de l'acte détachable dans la gestion du domaine privé. Deux critères sont possibles : le critère organique et le critère matériel. Le critère organique est un critère englobant qui revient à dire que dès lors qu'il existe un acte d'une collectivité locale, le juge administratif est compétent. Pour le critère matériel, tout dépend de la portée de l'acte. Si l'acte est un acte de disposition du domaine, s'il a pour effet de vendre une parcelle du domaine privé, d'incorporer une

parcelle du domaine privé ou éventuellement d'aliéner durablement une parcelle du domaine privé, alors la compétence appartient au juge administratif, parce que la jurisprudence considérait que l'acte était d'une importance ou d'une gravité même pour le domaine lui-même alors le juge administratif était compétent. Lorsque c'était un acte de gestion courante du domaine privé : location, bail (autre que le bail emphytéotique) le juge judiciaire était considéré comme compétent. Ces deux branches de la jurisprudence ont cohabité jusque dans les années récentes. Le problème était de déterminer qui était compétent dans les actes pris par des exécutifs locaux et non par les organes délibérants. A la suite d'un arrêt du TC du 14 février 2000, commune de Bemao et société Rodelam qui ne porte pas sur le domaine public mais sur des contrats d'assurance, dans cet arrêt le Tribunal des conflits a dit que dès lors qu'il y avait un acte administratif, le juge administratif était compétent. Il a donc étendu la jurisprudence antérieure qui portait essentiellement sur les délibérations des conseils municipaux ou autres assemblées, aux actes des exécutifs. Il a donc jugé que dès lors qu'un acte administratif est produit, le juge administratif est compétent. Bien que le contrat soit de droit privé, un contrat d'assurance, la compétence du juge administratif a été reconnue pour connaître de la décision du maire de signer ce contrat. Le Conseil d'Etat a transposé cette jurisprudence aux actes de gestion du domaine privé par un arrêt Commune de Comtois du 5 décembre 2005 dans lequel nous avons jugé que dès lors qu'il y a un acte administratif, y compris un acte de l'exécutif et que cet acte porte ou ne porte pas sur un acte de disposition y compris sur des actes de gestion courante, le juge administratif est compétent : « La juridiction administrative est seule compétente pour connaître des demandes d'annulation d'une délibération d'un conseil municipal ou d'un arrêté du maire, même si l'objet de ces décisions et d'autoriser ou de passer un contrat portant sur la gestion du domaine privé de la commune et n'impliquant aucun acte de disposition de celui-ci ». Cette logique a été prolongée par un arrêt de l'année suivante, commune de Jonquières du 17 mai 2006, où le juge administratif est reconnu compétent pour connaître d'un acte détachable qui est la décision de signer un contrat de transaction, alors même que cette décision n'avait aucun caractère matériel, parce que cette décision n'est matérialisée que par la signature du maire elle-même. Même pour un acte n'ayant pas de réalité concrète, un acte immatériel appelé « détachable », le juge administratif est compétent dès lors qu'il s'agit d'une décision prise par l'administration. Cette double jurisprudence initiée par le Tribunal des conflits a des conséquences importantes car nous sommes saisis de l'acte administratif, et pas uniquement comme dans les jurisprudences plus anciennes de ses vices propres. Nous sommes saisis de l'acte administratif et à travers lui, du contrat ou du fait de la gestion du domaine privé qui est en cause. Le Conseil d'Etat a ainsi été amené à apprécier, à la suite du renvoi du Tribunal des conflits dans l'arrêt Rodelam, des contrats d'assurance qui sont des contrats de droit privé au titre de la légalité et de la délibération et de l'acte du maire décidant de les signer. Cette décision étend la compétence du juge administratif, dès lors qu'il est saisi d'une décision par le biais d'un recours pour excès de pouvoir à l'ensemble des actes pour la gestion privée du domaine.

Sachant que le Conseil d'Etat est compétent pour la décision détachable comme nous venons de l'évoquer, pour le contrat lui-même, s'applique pour le domaine privé les règles habituelles des contrats publics. Un contrat de gestion du domaine privé normalement relève du juge

judiciaire sauf s'il comporte une clause exorbitante du droit commun, ils relèvent alors du juge administratif : arrêt TC 17 novembre 1975, Leclerc, ou arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 9 octobre 1991, ville de La Ferté-Saint-Aubain.

S'agissant de la responsabilité liée au domaine privé, en principe les dommages liés à la gestion du domaine privé relèvent du juge judiciaire. Deux exceptions, quand le dommage relève d'un ouvrage public installé sur le domaine privé, arrêt du 15 mars 1965, ville de Grasse, ou encore lorsque les dommages résultent de l'exécution de travaux publics sur le domaine privé. Dans ces deux cas, le juge administratif est compétent, mais pour l'appréciation de cette compétence, le juge administratif et le Tribunal des conflits ont une appréciation assez restrictive de la notion de dommages de travaux publics.

Hervé Gaillard, DGA de la mairie d'Aix-en Provence

Je voudrais savoir comment on fait légalement pour passer une opération compliquée. Si vous êtes propriétaire d'ouvrages qui sont dans le domaine public par nature avec une exploitation de service public, si vous voulez le déplacer en cédant le terrain. Ce qui est une opération fréquente. Si vous voulez avoir une sécurité juridique, il paraît souhaitable que sur l'endroit où vous exploitez le service public, il y ait permis de construire, sans recours des tiers, pour assurer le financement du départ. Dès lors qu'il est interdit de vendre le domaine public, que l'ouvrage est toujours affecté au domaine public, comment peut-on procéder légalement ? Le CGPPP ne l'autorise que pour l'Etat.

Etienne Fatome

Les possibilités de déclassement par anticipation n'existent pas pour les collectivités locales. Le seul élément de souplesse qui existe pour les collectivités locales résulte d'une jurisprudence, arrêt de 1987 dans lequel le Conseil d'Etat a admis que l'autorité administrative pouvait délivrer un permis de construire à une personne qui deviendra propriétaire du bien le jour où il sera déclassé dès lors que la collectivité locale a pris une décision de principe de déclassement. Cet arrêt est compréhensible car si le terrain n'est jamais déclassé, ni jamais vendu, le permis de construire ne pourra pas être mis en œuvre. Cette décision permet d'accélérer le processus de réalisation avec une possibilité d'étude et de délivrance du permis de construire avant que le déclassement soit effectivement opéré.

Christine Maugué

Tant que le législateur n'interviendra pas pour étendre aux collectivités territoriales les mesures qui ont été prévues pour l'Etat et les établissements publics, les textes rendent cette opération impossible.

Hervé Gaillard

La seule solution serait donc de faire une impasse financière en se disant que la vente sera réalisée rapidement ce qui est risqué. Deuxième observation, la nature ayant horreur du vide,

dès que les biens ne seront plus autorisés, il y aura des problèmes de squatt, d'occupation des biens qui sont très lourds. Pratiquement il faudrait faire l'impasse sur ce problème, sans que le contrôle de légalité ne réagisse, avec une difficulté juridique possible.

Emmanuel Glaser

Cette décision n'est pas du ressort de cette tribune, mais au stade actuel, le code ne vous y autorise pas.

Nathalie Nurmimaki, Conseil général de la Gironde, responsable du service juridique et des assurances

Ma question a trait aux radars automatiques sur le domaine public. Des routes ont été transférées aux conseils généraux, sur lesquelles des boîtes appartenant à l'Etat sont posées. Des jurisprudences assez nombreux et contradictoires ont été rendues. La théorie de la mutation domaniale n'a pas été retenue. Pratiquement, ces boîtes sont des biens mobiliers appartenant à l'Etat qui sont sur les routes du conseil général. Peut-on passer des conventions pour régler les modalités de gestion ou d'entretien de ces boîtes ? Comment cela se passe-t-il ?

Christine Maugüé

Je ne peux répondre qu'en rappelant ce qui a été jugé. On ne peut pas considérer que l'installation de ces équipements soit une occupation du domaine public susceptible de donner lieu à redevance puisque c'est un élément indissociable de l'équipement.

Nathalie Nurmimaki

Ce n'est pas tant le problème de la redevance que celui de l'entretien et de l'accès aux réseaux car ces équipements sont reliés aux réseaux. Rien n'a été envisagé en ce sens.

Emmanuel Glaser

Rien n'interdit de conclure une convention, qui ne sera pas une convention domaniale mais qui permette de régler les questions d'entretien et d'accès. Rien ne s'oppose à ce qu'une convention soit signée entre le département et l'Etat pour régler ces questions-là. Mais ce ne sera pas une occupation du domaine public puisque cela a déjà été jugé et cela ne vous donnera pas non plus droit à d'autres paiements que ceux que la loi a déjà accordé. La logique de ne pas obliger l'Etat à demander une autorisation d'occupation, c'est que celle-ci peut être refusée. Si elle peut être refusée, cela veut dire que l'Etat qui, pour des raisons de police générale de sécurité estime qu'il faut mettre un radar à un endroit précis, pourrait se voir refuser l'autorisation par un conseil général. Pour pousser un peu plus loin, que se passerait-il si un département décidait de ne pas autoriser les radars parce qu'il n'est pas d'accord avec la politique de sécurité de l'Etat ? Vous pouvez toujours négocier avec la personne qui décide des implantations, mais ce n'est pas vous qui aurez le dernier mot. S'il s'agissait de convention d'occupation domaniale, vous auriez le pouvoir de décision sur l'endroit d'implantation. Vous pouvez faire valoir que telle implantation gâche le paysage, qu'à tel autre endroit, il n'y a pas d'accident, toute cause que vous pourrez justifier. Ces possibilités de négociation n'en feront pas une autorisation d'occupation domaniale.

LES RÉGIMES JURIDIQUES DISTINCTS EN MATIÈRE DE CESSION OU DE TRANSFERT

Cyrille BARDON
avocat à la Cour, secrétaire général de l'AFAC

LES OPERATIONS CONCERNANT LE DOMAINE PUBLIC

Les règles particulières du nouveau Code général de la propriété des personnes publiques

- a) Le transfert de propriété consécutif au transfert de compétence et la nouvelle possibilité de cession

i) Le transfert de compétence

La loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale⁴ a organisé le régime des transferts des biens des communes à leurs EPCI. La mise à disposition qui constitue un transfert de quasi-propriété est devenu le régime de droit commun de ces transferts.

Ainsi, en ce qui concerne les établissements publics de coopération intercommunale, le III de l'article L.5211-5 du CGCT précise que :

« Le transfert des compétences entraîne de plein droit l'application à l'ensemble des biens, équipements et services publics nécessaires à leur exercice, ainsi qu'à l'ensemble des droits et obligations qui leur sont attachés à la date du transfert, des dispositions des trois premiers alinéas de l'article L. 1321-1, des deux premiers alinéas de l'article L. 1321-2 et des articles L. 1321-3, L. 1321-4 et L. 1321-5 ».

Et il résulte de l'article L.1321-1 du CGCT que :

« Le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence.

⁴ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999, relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale

Cette mise à disposition est constatée par un procès-verbal établi contradictoirement entre les représentants de la collectivité antérieurement compétente et de la collectivité bénéficiaire. Le procès-verbal précise la consistance, la situation juridique, l'état des biens et l'évaluation de la remise en état de ceux-ci.

Pour l'établissement de ce procès-verbal, les parties peuvent recourir aux conseils d'experts dont la rémunération est supportée pour moitié par la collectivité bénéficiaire du transfert et pour moitié par la collectivité antérieurement compétente. A défaut d'accord, les parties peuvent recourir à l'arbitrage du président de la chambre régionale des comptes compétente. Cet arbitrage est rendu dans les deux mois.

Les modalités de cette mise à disposition sont précisées par les articles L. 1321-2 et L. 1321-5 selon que la collectivité qui exerçait jusque-là la compétence était propriétaire ou locataire des biens remis ».

En somme, que les compétences soient transférées à une autre collectivité territoriale par l'effet de la loi, ou à un EPCI dans le cadre de la coopération intercommunale, ce transfert de compétences implique nécessairement une mise à disposition des biens mobiliers et immobiliers nécessaires à l'exercice de cette compétence.

Il résulte tout d'abord de ces dispositions que la mise à disposition est constatée par un procès-verbal établi contradictoirement, éventuellement avec le recours à des experts dont la rémunération est assurée par moitié par la commune et l'EPCI bénéficiaire. Ce procès-verbal précise la consistance, la situation juridique, l'état des biens et l'évaluation de la remise en état de ceux-ci.

Par ailleurs, il convient de préciser que cette mise à disposition n'emporte pas transfert de propriété, il s'agit simplement d'une transmission de droits et obligations du propriétaire qui sont un démembrement de la propriété. La collectivité bénéficiaire ne peut en aucun cas décider de céder les biens immobiliers concernés⁵. Elle possède la pleine jouissance des biens mis à sa disposition, mais doit les restituer à la commune en cas de retrait, de réduction de ses compétences ou de dissolution.

De ce fait, il n'y a pas soumission aux formalités de publicité foncière ni assujettissement aux frais y afférents⁶.

Il convient cependant de préciser que la mise à disposition qui est le régime de droit commun n'est pas le seul puisque le deuxième alinéa de l'article L.5211-5 du CGCT précise que :

« Toutefois, lorsque l'établissement public de coopération intercommunale est compétent en matière de zones d'activité économique, les conditions financières et patrimoniales du transfert des biens immobiliers nécessaires à l'exercice de cette compétence sont décidées dans les conditions de majorité qualifiée requise au II. Il en

⁵ Rép. Min, n°756, JOAN Q du 2 septembre 2002, p. 3000

L'intérêt Communautaire : clef de répartition des compétences entre les communautés de communes et leurs communes membres, Revue Lamy des collectivités territoriales, juin 2005, n° 3, p. 35

⁶ JCL Collectivité territoriales, Fasc. 205 : Coopération intercommunale
Rép. Min. n° 3565, JOAN Q du 20 décembre 1999, p. 7300

va de même lorsque l'établissement public est compétent en matière de zones d'aménagement concerté ».

En d'autres termes, en matière de coopération intercommunale, en raison de la nature particulière des compétences « zone d'activité économique » dont la réalisation consiste à aménager des terrains en les dotant d'infrastructures afin de favoriser l'accueil des entreprises dans le but de les céder, la loi du 12 juillet 1999 a prévu des dispositions particulières permettant le transfert en pleine propriété à la communauté des zones d'activité économique ou des zones d'aménagement concerté. Ces dispositions sont codifiées au deuxième alinéa du III de l'article L.5211-5 du CGCT précité...le transfert en pleine propriété est décidément la seule possibilité praticable.

En matière de décentralisation, le transfert en pleine propriété est aussi possible en ce qui concerne les aérodromes⁷, les ports non autonomes⁸, le domaine public fluvial⁹, les collèges¹⁰, les monuments historiques¹¹, ainsi qu'en ce qui concerne les biens nécessaires aux SDIS¹².

La mise à disposition doit obligatoirement se faire à titre gratuit. C'est le cas des transferts de compétence de droit commun, comme des transferts de compétence dérogatoires tels que le transfert de biens au profit des SDIS le transfert des aérodromes des ports non autonomes, du domaine public fluvial, des collèges, des monuments historiques.

La mise à disposition ne peut pas être onéreuse puisque la propriété n'est pas transférée. Ainsi, la personne publique se voit obligée, sans être indemnisée, de transférer – temporairement ou définitivement – un équipement dans lequel elle a sûrement investi¹³.

Cependant, pour le transfert des ZAC et ZAE et en matière de biens dont la propriété est transférée au profit des Sdis, et seulement dans ces cas, le caractère onéreux, s'il n'est pas obligatoire, est une faculté offerte aux personnes publiques. De telles dérogations sont très rares car elles constituent une entorse à l'objectif de ce type de transfert qui est d'écarter le facteur patrimonial : le transfert patrimonial consécutif à un transfert de compétences est destiné à assurer la meilleure affectation du patrimoine public ; il n'est pas destiné à enrichir les personnes publiques qui transfèrent leurs biens. La valorisation économique est donc annexe car le transfert patrimonial n'est qu'une conséquence du transfert de compétences.

En somme, en matière de transfert de compétence, la règle est la simple mise à disposition des biens nécessaires à l'exécution des compétences transférées.

Cependant, l'article L.1321-3 précise que :

« La collectivité bénéficiaire de la mise à disposition peut, sur sa demande, devenir propriétaire des biens désaffectés, lorsque ceux-ci ne font pas partie du domaine public, à un prix correspondant à leur valeur vénale ».

⁷ Article 28 de la loi n°2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales

⁸ Article 30 de la loi n°2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales

⁹ Article L.3113-1 du CG3P

¹⁰ Article L.213-2 du Code de l'éducation

¹¹ Article 97 de la loi n°2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales

¹² Article L.1424-19 du CGCT

¹³ Le maintien de la mise à disposition comme régime de droit commun pour le transfert patrimonial consécutif à un transfert de compétences, JCP Administrations et collectivités territoriales, n° 20, 14 mai 2007, 2117

Cette cession n'étant possible que si le bien fait partie du domaine privé de la collectivité propriétaire, il s'agit d'une cession classique de bien immobiliers.

Pourtant depuis l'entrée en vigueur du nouveau CG3P, la collectivité bénéficiaire de la mise à disposition peut acquérir le bien immobilier alors même qu'il fait toujours parti du domaine public de la collectivité propriétaire et qu'il n'est pas désaffecté.

ii) *La cession du domaine public*

Aux termes de l'article L.3112-1 du CG3P :

« Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent de leur domaine public, peuvent être cédés à l'amiable, sans déclassement préalable, entre ces personnes publiques, lorsqu'ils sont destinés à l'exercice des compétences de la personne publique qui les acquiert et relèveront de son domaine public ».

Parce que le principe d'inaliénabilité du domaine public n'est pas un principe à valeur constitutionnel¹⁴, le législateur a pu mettre en œuvre une dérogation permettant la cession de biens du domaine public sans déclassement préalable. L'atteinte à l'inaliénabilité est en tout état de cause minime puisqu'il s'agit simplement d'autoriser le passage d'un domaine public à un autre.

En effet, cette dérogation est inscrite dans un cadre stricte et suppose la réunion de plusieurs conditions :

- pour prétendre à l'application des dispositions de l'article L.3112-1, il faut être une personne publique mentionnée à l'article L.1 du CG3P, c'est-à-dire : l'Etat, les collectivités locales, leurs groupements et les établissements public ; en d'autres termes, « les autres personnes publiques » de l'article 2 du CG3P ne sont donc pas concernées, sauf disposition spéciale des textes qui les régissent ;
- le bien transféré doit relever du domaine public de cette personne, qu'il soit mobilier ou immobilier ;
- le bien doit être cédé à une personne publique ;
- le bien cédé doit être destiné à l'exercice des compétences de la personne publique qui les acquiert ;
- le bien cédé doit être destiné à relever de son domaine public.

L'article L.3112-1 du CGP ne remet pas en cause le régime le régime de droit commun de la mise à disposition mais « *constituent uniquement une faculté pour les collectivités et leurs groupements de déroger, dans le cadre d'un accord à l'amiable, au principe d'inaliénabilité des biens relevant du domaine public, sans déclassement préalable* »¹⁵.

Ainsi, il convient de considérer que l'article L.3112-1 du CG3P ouvre une possibilité de transfert en pleine propriété dès lors que les personnes publiques ne sont pas soumises à un

¹⁴ DC 96-380, 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom

¹⁵ Rép. Min. n°104946, JOAN Q 27 février 2007, p.2208

Rép. Min. n°13064, JOAN 4 mars 2008

mode de transfert patrimonial contraignant comme c'est le cas pour les transferts de ZAC et aux SDIS.

En d'autres termes, la possibilité ouverte par l'article L.3112-1 du CG3P est la dérogation de droit commun au principe d'inaliénabilité et les dispositions relatives aux transferts patrimoniaux consécutifs à un transfert de compétences constituent des dérogations spéciales¹⁶.

Pratiquement, il conviendra de se demander :

- si le bien dépend du domaine public du cédant ;
- si la cession entre dans l'objet du cessionnaire,
- si les compétences du cessionnaire impliquent un transfert de contrats¹⁷...

Les délibérations des personnes publiques devront être particulièrement explicites et détaillées en ce qui concerne la cession et ses conditions.

b) L'échange

Si l'ancien Code du domaine de l'Etat connaissait de l'échange des biens du domaine privé de l'Etat, le nouveau CG3P institutionnalise le mécanisme en l'étendant à toutes les personnes publiques mentionnée à l'article L.1 du même Code et à tous les biens qu'ils relèvent du domaine privé ou du domaine public de ces personnes.

Ainsi, l'article L.3112-2 du CG3P dispose que :

« En vue de permettre l'amélioration des conditions d'exercice d'une mission de service public, les biens mentionnés à l'article L. 3112-1 peuvent également être échangés entre personnes publiques dans les conditions mentionnées à cet article. L'acte d'échange comporte des clauses permettant de préserver l'existence et la continuité du service public ».

Et l'article L.3112-3 du CG3P dispose que :

« En vue de permettre l'amélioration des conditions d'exercice d'une mission de service public, les biens mentionnés à l'article L. 3112-1 peuvent être échangés, après déclassement, avec des biens appartenant à des personnes privées ou relevant du domaine privé d'une personne publique. L'acte d'échange comporte des clauses permettant de préserver l'existence et la continuité du service public ».

En d'autres termes, un bien du domaine public peut être échangé :

- avec un autre bien du domaine public sans déclassement préalable,
- avec un bien qui relève du domaine privé d'une personne publique ou d'une personne privée nécessitant un déclassement préalable.

Dans tous les cas, l'échange est soumis à deux conditions de légalité :

¹⁶ Le maintien de la mise à disposition comme régime de droit commun pour le transfert patrimonial consécutif à un transfert de compétences, JCP Administrations et collectivités territoriales, n° 20, 14 mai 2007, 2117

¹⁷ Les transferts de propriété entre personnes publiques, JCP Administrations et collectivités territoriales, n° 43, 23 octobre 2006, 1248

- l'échange doit avoir pour finalité unique d'améliorer les conditions d'exercice de la mission de service public à laquelle le bien était affecté ; cette condition évidente dans la logique d'ensemble du code, ne donnera vraisemblablement lieu qu'à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹⁸ ;
- afin de s'assurer que la période de transition nécessaire à la réalisation de l'échange ne menace pas la nécessaire continuité du service public, l'article L.3112-3 dispose que « *l'acte d'échange comporte des clauses permettant de préserver l'existence et la continuité du service public* » http://www.lexisnexis.com:80/fr/droit/frame.do?tokenKey=rsh-20.888337.1892278797&target=results_DocumentContent&reloadEntirePage=true&rand=1223914057803&returnToKey=20_T4807757099&parent=docview-frda0609et00015_92#frda0609et00015_92.

En dehors de ces cas spéciaux, lorsqu'une personne publique veut céder un bien appartenant à son domaine public comme le ferait une personne privée c'est à dire dans le seul but économique, elle doit nécessairement le faire sortir du domaine public pour l'intégrer à son domaine privé.

Les règles générales de sortie du domaine public

- a) Le principe d'aliénabilité empêche la cession des biens domaine public

L'article L.3111-1 du CG3P reprend la règle :

« Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles ».

En application de ce principe remontant à l'Ancien Régime¹⁹, les biens du domaine public affecté à l'usage du public ou au service public et spécialement aménagé à cet effet sont hors du commerce.

- b) La procédure de sortie des biens du domaine public

Dans le cadre de la domanialité publique, tant qu'un bien est affecté à l'usage du public ou d'un service public, il fait parti du domaine public. De ce fait, dès lors qu'il est désaffecté, il peut librement être déclassé et par conséquent aliéné.

Il apparaît dans un arrêt du Conseil d'Etat du 13 novembre 1987²⁰ relatif au transfert d'une autorisation d'occupation et de la compétence juridictionnelle que c'est la combinaison de l'acte formel de déclassement et de la désaffectation de fait qui permet de conclure à la non-appartenance d'un bien au domaine public.

¹⁸ Le Code général de la propriété des personnes publiques, DA n°8 août 2006, étude 15

¹⁹ Edit de Moulin de février 1566

²⁰ CE, 13 novembre 1987, Secrétaire d'Etat à la mer c/ Mme Amiot, Rec. p. 358

En somme, le déclassement ne peut suffire à mettre fin à l'appartenance d'un bien au domaine public, seule la désaffectation matérielle concrète peut parfaire le processus de sortie du domaine public²¹.

En d'autres termes, la sortie d'un bien du domaine public n'est effective qu'une fois que le bien a été matériellement désaffecté, et que le déclassement a été formellement prononcé par l'autorité administrative compétente.

La question s'est longtemps posée de savoir si la désaffectation devait nécessairement précéder l'acte de déclassement ou si elle pouvait le suivre. D'ailleurs, dans un jugement du TA de Nice du 6 février 1997²², le Commissaire du gouvernement démontrait que pour être légale et permettre l'aliénation, l'acte de déclassement devait être soit la conséquence, soit l'origine de la désaffectation de fait²³.

Dorénavant, aux termes du nouvel article L.2141-1 du CG3P :

« Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement ».

Il résulte de ces dispositions que l'acte de déclassement a pour fonction de constater la désaffectation matérielle du bien. En d'autres termes, une mesure de déclassement est illégale si elle n'est pas postérieure à la désaffectation.

Ainsi :

- un bien désaffecté du service public ou de l'usage du public ne peut pas matériellement sortir du domaine public et être aliéné dans un seul but économique tant qu'il ne fait pas l'objet d'un acte de déclassement formel,
- un bien ne peut pas être déclassé s'il n'est pas désaffecté de l'usage du public ou de l'usage du public (que cette désaffectation soit antérieure, concomitante ou postérieure).

Le nouveau CG3P créé une exception à l'article L. 2141-2 du CG3P aux termes duquel :

« Par dérogation à l'article L. 2141-1, le déclassement d'un immeuble appartenant au domaine public artificiel de l'Etat ou de ses établissements publics et affecté à un service public peut être prononcé dès que sa désaffectation a été décidée alors même que les nécessités du service public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement. Ce délai ne peut être supérieur à une durée fixée par décret. Cette durée ne peut excéder trois ans. En cas de vente de

²¹ Yves Brard, *Domaine public et privé des personnes publiques*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 1994 p. 21

Jacqueline Morand-Devillier, *Cours de droit administratif des biens*, Montchrestien, 3^{ème} ed. 2003, p.119 Philippe Godfrin, *Droit administratif des biens*, Armand-Collin, 6^{ème} ed. 2001, p.70 et suivantes Claude Durand, *Désaffectation et déclassement des biens du domaine public*, RDP 1656, p.233

René Chapus, *Droit administratif général Tome 2*, 15^{ème} ed. Montchrestien, n°490

Caroline Charmard, *Domaine public-Indisponibilité, inaliénabilité, imprescriptibilité du domaine public*, fasc.61 n° 29

Jean Dufau, *Le domaine public*, 5^{ème} ed ; Le Moniteur

²² TA Nice, *Association régionale des œuvres éducatives et vacances de l'éducation nationale de l'Académie de Versailles c/ Préfet des Alpes-Maritimes*, RFDA 1997, p. 1182

²³ *L'aliénation du domaine public, De la nécessité de recevoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques*, AJDA 2006, p.238

cet immeuble, l'acte de vente stipule que celle-ci sera résolue de plein droit si la désaffectation n'est pas intervenue dans ce délai ».

Cette exception réservée à l'Etat et à ses établissements publics permet le déclassement par anticipation d'immeubles encore affectés à un service public. Une cession ne pourra plus être empêchée au prétexte que la désaffectation matérielle de l'immeuble n'est pas encore réalisée, alors pourtant que celle-ci a été décidée et est certaine, voire est en cours.

Un tel déclassement par anticipation n'est cependant légal que si :

- la désaffectation du bien a été décidée préalablement,
- et les nécessités du service public justifient que la désaffectation ne prenne effet que dans un certain délai fixé par l'acte de déclassement,

en outre, il existe cependant quelques exceptions dans lesquelles un bien peut sortir du domaine public à la suite d'un simple déclassement de fait. C'est le cas notamment des portions délaissées de la voirie routière qui à la suite d'une modification de tracé ou de l'ouverture d'une route nouvelle, perdent, *ipso facto*, leur caractère de dépendance du domaine public²⁴.

➤ La désaffectation

La désaffectation est le phénomène matériel par lequel le bien n'est plus lié à l'usage du public ou au service public.

Il peut s'agir notamment de la fermeture d'un lycée qui de ce fait n'est plus affecté au service public de l'éducation. Mais, il convient de préciser ici que la désaffectation du service public ne permet la sortie du bien du domaine public que si celui-ci n'est pas réaffecté à un autre service public²⁵.

La désaffectation nécessaire à la sortie d'un bien du domaine public doit donc s'entendre comme une désaffectation définitive, seule forme de désaffectation permettant la cession du bien.

➤ L'acte de déclassement

Il convient de distinguer selon que la procédure de déclassement a été ou non réglementée par un texte.

Déclassement réglementé par un texte spécial

Certaines catégories de biens domaniaux que les pouvoirs publics ont voulu protéger ne peuvent sortir du domaine public que dans les conditions prévues par un texte spécial déterminant à la fois l'autorité compétente et les formes à suivre pour déclasser.

C'est le cas notamment :

- des places de guerre et enceintes fortifiées pour lesquelles un décret est nécessaire²⁶,
- des autoroutes²⁷, routes express²⁸ et déviations,

²⁴ CE, 29 mars 1901, Roumy : Rec., p. 338

CE, 27 sept. 1989, Moussion : Rec., p. 674

²⁵ Chapus, Droit administratif général Tome 2, 15^{ème} ed. Montchrestien, n° 490

²⁶ Décret n°61-614, 12 juin 1961, art. 2 bis

D. n°69-1004, 31 octobre 1969

²⁷ Article L. 122-5 du Code de la voirie routière

²⁸ Article L. 151-2 du Code de la voirie routière

- des routes nationales²⁹, départementales³⁰ et des voies communales³¹,
- des biens faisant partie de l'infrastructure ferroviaire transférée à Réseau Ferré de France par la loi du 13 février 1997³².

Déclassement de droit commun

C'est le principe du parallélisme des compétences et des formes qui s'applique : la décision de déclassement doit être prise par les mêmes autorités et dans les mêmes formes que l'acte d'affectation.

LES OPERATIONS CONCERNANT LE DOMAINE PRIVÉ

La liberté de cession des biens du domaine privé

a) Le principe

Dès lors qu'ils ne sont affectés à aucun usage du public ou à aucun service public, et qu'ils n'ont fait l'objet d'aucune affectation, les biens du domaine privé sont aliénables et prescriptibles

Les biens du domaine privé d'une personne publique peuvent être vendus dans les conditions de droit commun

b) Les cessions à un prix inférieur au marché

Il ressort de la décision du Conseil constitutionnel des 25 et 26 juin 1986³³ que :

« La Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoine publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ».

Les cessions à titre gratuit sont donc en principe illégales. Elles ne sont validées qu'en tant qu'elles sont qualifiables d'aides aux entreprises soumises aux dispositions des articles L.1511-3 et suivants du CGCT relatifs aux aides accordées aux entreprises par les collectivités locales³⁴.

En application de ces dispositions, seules les aides dites à l'immobilier peuvent être octroyées de façon autonome par les départements, communes et EPCI en dehors de toute coopération avec la région qui est le chef de l'intervention économique.

²⁹ Article R. 123-2 du Code de la voirie routière

³⁰ Article L.131-4 du Code de la voirie routière

³¹ Article L.141-3 du Code de la voirie routière

³² Décret n°97-444, 5 mai 1997, art. 49

³³ DC, 86-207 des 25 et 26 juin 1986, Rec. Cons. Const. p.61

³⁴ CF à ce sujet : R. de Castelnau et P. de Faÿ, Le nouveau régime des investissements économiques des collectivités locales, AJDA, 2005, p.121

A ce titre, les dispositions de l'article L.1511-3 du CGCT relatif aux aides directes qui pouvaient être accordées par les collectivités locales et leurs groupements dans le cadre de la vente et de la location de bâtiments ont été modifiées par la loi du 13 août 2004³⁵.

Avant le 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur des dispositions modifiées de l'article L.1511-3 du CGCT, la situation était la suivante : la revente ou la location de bâtiments par les collectivités locales devaient en principe se faire aux conditions du marché. Par exception trois types de rabais pouvaient être octroyés :

- sur le prix de rénovation des bâtiments industriels existants (article R. 1511-19) ;
- sur le prix de vente et de location des bâtiments compris dans les zones éligibles à la prime d'aménagement du territoire pour les projets industriels (article R.1511-20),
- sur les prix de vente et de location des bâtiments compris dans les zones éligibles à la prime d'aménagement du territoire pour les projets relevant de l'annexe II du décret (article R. 1511-21).

Cet article ne visant pas la possibilité pour les collectivités locales de consentir des rabais sur la revente ou la location de terrains, le Conseil d'Etat avait pallié cette carence dans sa jurisprudence dite Commune de Fougerolles du 3 novembre 1997³⁶ en autorisant les collectivités locales à accorder de telles aides dès lors que leur octroi était justifié par des motifs d'intérêt général et compensé par une contrepartie suffisante en termes de développement économique.

Or, la Commission européenne dans une décision du 12 juillet 2000 a considéré qu'une aide accordée par une collectivité locale à une entreprise sous la forme d'une vente d'un terrain à un prix inférieur à sa valeur était illégale puisqu'elle constituait une aide à l'investissement en faveur de l'entreprise bénéficiaire qui, conformément à l'article 88-3 du traité CE, aurait dû être notifiée et approuvée préalablement à sa mise en œuvre. La Commission condamnait donc le fait que « les autres aides indirectes sont libres ».

Par conséquent, la loi du 13 août 2004 a pris acte de cette condamnation et subordonne désormais l'octroi d'aides à l'immobilier d'entreprise portant sur les terrains au respect des conditions de plafond et de zonage.

Dorénavant, l'article L.1511-3 prévoit de manière plus limpide que ces aides peuvent prendre la forme de subventions, de rabais sur le prix de vente, de location ou de location-vente de terrains nus ou aménagés ou de bâtiments neufs ou rénovés.

En d'autres termes, en application du décret d'application de la loi du 13 août 2004 du 28 août 2007, les collectivités locales et leurs groupements peuvent désormais également octroyer des rabais sur les prix de ventes des immeubles et des terrains quatre les situations suivantes :

- les terrains sont compris dans les zones d'aides aux petites et moyennes entreprises : articles R.1511-5 à R.1511-9 du CGCT,
- les terrains sont compris dans les zones d'aides à finalité régionale : articles R.1511-10 à R.11511-18-1 du CGCT,

³⁵ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales

³⁶ CE, 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles, AJDA 1998, p.1010, obs. L. Richer
C. Bardon, Les aides au foncier d'entreprise ; une légalité sous surveillance, JCP N n° 3, 16 janvier 1998, p. 64

- l'aide a pour objectif la réalisation de projet de recherches et de développement : articles R.1511-19 à R.1511-20 du CGCT,
- l'aide est versée aux entreprises de transformation ou de commercialisation de matières premières et de produites agricoles : articles R.1511-21 à R.1511-23-1 du CGCT.

En somme, une collectivité locale ne peut céder un de ses biens pour un euro symbolique ou en dessous de sa valeur vénale que dans les quatre cas précités. en dehors de ces cas, toute aide à l'immobilier bâti ou non est illégale.

Les types de cession

La collectivité est libre de choisir la modalité de la vente : aucune disposition législative non plus qu'aucun principe général ne lui fait obligation de recourir à l'adjudication préalablement à la cession d'un bien immobilier lui appartenant³⁷.

Cependant, les collectivités publiques peuvent décider de céder leurs biens par le biais de l'adjudication.

Dans ce cas, conformément à l'article L.2241-6, le Maire qui procède à l'adjudication doit être accompagné de deux membres du conseil municipal désignés d'avance par le conseil et par le receveur municipal. Il ressort d'une réponse ministérielle du 30 octobre 2000 qu'il est recommandé aux EPCI d'appliquer les mêmes règles lorsqu'ils vendent leurs biens par adjudication³⁸.

En outre, aucun texte n'impose à la collectivité cédante de prendre une délibération fixant par avance les principes de l'adjudication, cependant, dans le cas où il est procédé ainsi, la commune devra respecter les règles ainsi posées.

Les collectivités peuvent donc librement choisir de recourir à l'adjudication ou à la cession amiable ou encore à l'échange.

A ce titre, l'article L.3211-23 du CG3P dispose que :

« Les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent céder des biens et des droits, à caractère mobilier et immobilier, par voie d'échange. Ces opérations d'échange s'opèrent dans les conditions fixées par le code général des collectivités territoriales ou par le code de la santé publique ».

La vente ou l'échange se fait ensuite dans les conditions du droit commun.

La procédure

Quelle que soit le type de cession, la procédure est la même.

Il résulte de l'article L.3111-14 du CG3P que :

³⁷ CE, 26 oct. 1994, Monier, req. n°121717

³⁸ Rép. Min. n° 52937 JOAN Q15 octobre 2000, p.5956

« Les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics cèdent leurs immeubles ou leurs droits réels immobiliers, dans les conditions fixées par le code général des collectivités territoriales ».

A ce titre, l'article L.2241-1 troisième alinéa 3, en ce qui concerne les communes (cf article L.3213-2 pour les départements, L.4221-4 pour les régions et L.5211-6 pour les EPCI) dispose que :

« Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une commune de plus de 2 000 habitants donne lieu à délibération motivée du conseil municipal portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil municipal délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'Etat. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de ce service ».

En somme, la cession d'un de ses biens par une personne publique implique :

- une décision de cession par l'organe délibérant des collectivités territoriale ;
- la consultation préalable du service des domaines ;
- la signature de l'acte de cession par l'organe exécutif de la collectivité.

a) La décision de l'assemblée délibérante

L'article L.2241-1 du CGCT dispose en son troisième alinéa que la cession *« donne lieu à une délibération motivée du Conseil municipal portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles »*.

Cette délibération est en outre soumise au régime général des délibérations prévu aux articles L.2131-1 et suivants du CGCT. Elle fait donc l'objet d'un contrôle de légalité et peut être déférée, le cas échéant, au Tribunal administratif qui pourra prononcer son annulation.

S'agissant des termes de la délibération, celle-ci doit préciser :

- la situation physique (référence cadastrale, description sommaire, ...) et juridique (situation locative, ...) du bien ;
- la désignation du ou des cessionnaires ;
- les éventuelles conditions de la cession (conditions suspensives, résolutoires, obligations imposées à l'acquéreur dans l'utilisation du bien : maintien en location ou maintien de l'affectation au logement pendant x années).
- le prix qui est constitué de la totalité des sommes versées par l'acquéreur à la Commune ;

En outre, la circulaire interministérielle du 12 février 1996 relative à l'article 11 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 concernant les opérations immobilières réalisées par les collectivités territoriales et certains de leurs établissements publics³⁹, précise que la motivation porte sur :

- la décision de céder ;
- le choix de l'acquéreur ;

³⁹ Circulaire interministérielle du 12 février 1996 Relative à l'article 11 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 concernant les opérations immobilières réalisées par les collectivités territoriales et certains de leurs établissements publics, NOR FPPA9610025C, B.O. du Ministère de l'Équipement, du 10 juin 1996, n°15

- les droits et obligations respectifs du cédant et du cessionnaire ;
- le prix.

b) La consultation de l'autorité compétente de l'Etat

L'article L.3221-1 du CGPPP dispose que :

« L'avis de l'autorité compétente de l'Etat sur les projets de cessions d'immeubles ou de droits réels immobiliers poursuivis par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics est donné dans les conditions fixées aux articles L. 2241-1, L. 3213-2, L. 4221-4, L. 5211-37 et L. 5722-3 du code général des collectivités territoriales. »

L'article L.2241-1 du CGCT relatif aux cessions par les Communes des biens communaux précise en son troisième alinéa que :

« Le conseil municipal délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'Etat. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de ce service »

L'autorité compétente de l'Etat qui est visée ici est en réalité le service des domaines. Cette nouvelle appellation découle de l'adoption du CG3P entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006. Toutefois, la doctrine souligne que *« ces mesures relatives à la “consultation de l'Etat” ou plutôt à l’“autorité compétente de l'Etat” ne sont autres que celles désignées dans le jargon des praticiens comme “l'avis des domaines” »*⁴⁰.

En somme, il ne s'agit que d'un changement de terminologie, la procédure est, quant à elle, restée inchangée.

La circulaire du 12 février 1996 précise l'objet de cet avis : *« l'avis des domaines détermine la valeur vénale du bien, c'est-à-dire la valeur telle qu'elle doit résulter du jeu du marché, compte tenu des conditions de la cession envisagée »*.

Il n'existe pas de seuil minimum de consultation⁴¹. La saisine du service des domaines est donc obligatoire quelle que soit la valeur du bien que la Commune envisage de céder. Dès lors que la commune compte plus de 2.000 habitants. Mais les communes dont la population est inférieure peuvent volontairement consulter le service des domaines (cela ne les engage à rien puisque cet avis est un avis simple).

Concrètement, le service des domaines est saisi par la Commune cédante qui lui transmet un dossier comportant l'ensemble des renseignements utiles à son expertise financière, et notamment :

- la présentation de l'opération projetée et son délai de réalisation ;
- l'identification précise et la description des biens à évaluer ;
- la superficie réelle des terrains ou des locaux ;
- la situation des biens à l'égard des règles d'urbanisme ;

⁴⁰ Ch. Pisani, C. Bosgiraud, Premières réflexions de la pratique sur le code général des propriétés publiques, AJDA 2006, page 1098

⁴¹ S. Cogna, Avis des domaines : obligation ou faculté ?, Les Cahiers Juridiques, n°91, page 27
Rép. Min., n°5367, JOAN, 25 janvier 2005, page 807
Rép. Min., n°15149, JO Sénat, 13 janvier 2005, page 105

- un plan de situation ;
- la situation locative et la désignation des occupants ;
- les coordonnées de la personne qui représente la Commune.

Le législateur a attribué un délai d'un mois aux services pour se prononcer, à défaut, l'avis est réputé donné ce qui signifie que, passé ce délai, la Commune peut délibérer sur la cession.

Enfin, la circulaire du 12 février 1996 précise que l'avis « *est un avis simple. La collectivité ou l'établissement public peut donc procéder à une cession en retenant un prix différent de ce qui résulte de l'évaluation domaniale* ».

De nombreuses réponses ministérielles⁴² ont rappelé ce principe dans les termes suivants :

« *La collectivité peut procéder à une cession en retenant un prix différent de la valeur déterminée par le service du domaine, mais la motivation de la délibération doit notamment porter sur le prix.* »

Toutefois, bien que l'avis du service des domaines ne soit pas un avis conforme, la saisine des domaines est obligatoire, et sa non consultation entraîne la nullité de la cession pour vice de procédure⁴³. La saisine du service des domaines est obligatoire et cette formalité ne peut être régularisée *a posteriori*.

Par ailleurs, comme le précise la doctrine, « *L'évaluation des domaines sert de base aux contrôles qu'exercent les autorités de l'Etat sur les opérations de vente : ainsi du Préfet, du juge des comptes, et surtout des juridictions administratives, auxquelles il appartient de vérifier (dans le cadre du contrôle minimum⁴⁴) que le prix n'est pas trop bas* »⁴⁵. Cependant, puisque le Service des domaines peut parfois fixer des estimations relativement éloignées de la valeur vénale réelle des biens, dans le cas où la collectivité désire fixer un prix de cession différent de celui du service des domaines, il sera prudent de recourir aux conseils et estimations d'agences immobilières qui s'avèrent plus justes au regard du prix du marché.

Le recours à ces estimations mérite d'ailleurs d'être mis en œuvre dans tous les cas et c'est sur leur fondement, en plus de celui de l'estimation du service des domaines, que la délibération devra être motivée.

c) La signature de l'acte par l'exécutif local

L'exécutif communal ne peut en aucun cas être délégué par l'assemblée pour autoriser (ou refuser) la cession d'un immeuble. L'article L.2122-22-10° du CGCT n'autorise en effet la délégation qu'en matière de vente de gré à gré de biens mobiliers d'une valeur inférieure à

⁴² Rép. Min., n°17293, JOAN, 18 janvier 2005, page 562
Rép. Min., n°5367, JOAN, 25 janvier 2005, page 807
Rép. Min., n°15149, JO Sénat, 13 janvier 2005, page
TA Montpellier, 28 novembre 2001, Association Saint-Cyprien Ma Ville, n°971709

⁴³ CE, 18 juillet 2006, Commune d'Aubignan, req. n° 291569

⁴⁴ CE, 8 février 1999, Ville de Lourdes, n°168043

⁴⁵ Juris-Classeur Collectivités Locales, Fascicule 88 Ventes immobilières, 2002, n°27
Guide pratique du CG3P édité par la DGCL le 25 avril 2007

4.600 €. La décision de céder prise par le Maire serait frappée d'incompétence et à ce titre entachée de nullité⁴⁶.

En revanche, l'exécutif intervient avant et après la délibération de l'organe délibérant.

En amont, l'exécutif, donc le Maire, peut, seul, entamer des négociations en vue de la vente d'un bien⁴⁷. Dans cette hypothèse, le Maire n'engage pas la Commune en cas de litige né de la rupture des négociations.

De même, le Maire prend les mesures d'exécution de la délibération. L'article L.2122-21-7° du CGCT dispose en effet que le Maire « *passé les actes de vente (...) lorsque ces actes ont été autorisés conformément aux dispositions du présent code* ». Sur ce point, la doctrine précise que « *le Maire est strictement limité par la délibération du conseil municipal puisqu'en pratique il ne reçoit compétence que pour "signer" l'acte de vente* »⁴⁸.

Cet acte est le plus souvent passé par acte notarié, mais peut aussi être passé en la forme administrative.

i) *L'acte administratif*

Aux termes de l'article L.1311-13 du CGCT :

« Les maires, les présidents des conseils généraux et les présidents des conseils régionaux, les présidents des établissements publics rattachés à une collectivité territoriale ou regroupant ces collectivités et les présidents des syndicats mixtes sont habilités à recevoir et à authentifier, en vue de leur publication au bureau des hypothèques, les actes concernant les droits réels immobiliers ainsi que les baux, passés en la forme administrative par ces collectivités et établissements publics ».

Le Maire a donc le pouvoir de passer des actes authentiques.

Cependant, en application du principe L.2131-11 du CGCT :

« Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires ».

D'une façon générale, l'intérêt à l'affaire existe dès qu'il ne se confond pas avec les intérêts de la majorité des habitants de la commune⁴⁹.

Ainsi, le Conseil d'Etat a pu considérer qu'un conseiller municipal acquéreur d'une parcelle du domaine privé de la commune est personnellement intéressé à la délibération qui décide cette cession⁵⁰. En outre, il ressort de la même décision que la circonstance que les membres du conseil municipal présentent des liens de parenté avec des personnes auxquelles sont cédés des biens communaux ne suffit pas à elle seule à justifié l'annulation s'il ne ressort pas des pièces du dossier que ces conseillers auraient été intéressés⁵¹.

Ainsi, le Maire qui serait directement intéressé à l'affaire, ne pourrait pas recevoir et authentifier les actes de cession.

⁴⁶ CE, 10 mars 1995, Ville de Digne, n°108753

⁴⁷ CE, 9 octobre 1968, Pigalle, n°73407

⁴⁸ Damien Dutrieux, L'aliénation d'un immeuble par une commune, JCP N, 21 avril 2000, n°16, page 679

⁴⁹ CE, 16 décembre 1994, Commune d'Oullins c/ Association Léo-Lagrange Jeunesse et tourisme, req. n° 145370

⁵⁰ CE, 12 février 1986, Commune d'Ota, req. n° 45156

⁵¹ JCL Administratif, Fasc. 125-20 Conseil municipal, n°86 et suivants

Dans un tel cas de figure, l'article L.2122-26 qui dispose que « *dans le cas où les intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune, soit en justice, soit dans les contrats* », trouve généralement à s'appliquer

Or, il ressort d'une réponse ministérielle du 2 juillet 1987 que l'habilitation à recevoir et à authentifier les actes passés en la forme administrative est un pouvoir propre qui ne peut être délégué. Spécialement, un maire ne peut déléguer ce pouvoir à l'un de ses adjoints ou conseillers municipaux.

De ce fait, comme ce pouvoir ne peut être exercé par aucun autre conseiller municipal que le Maire, la cession devra nécessairement être passée par acte notarié.

ii) *L'acte notarié*

La cession devra donc obligatoirement être passé par un notaire dans le cas où le Maire ne peut pas, ou ne souhaite pas, le passer lui-même l'acte⁵².

d) Absence de mise en concurrence préalable

Les collectivités territoriales disposent sur leur domaine privé de l'ensemble des prérogatives attachées au droit de propriété. La jurisprudence considère en effet que « *la gestion du domaine privé répond essentiellement à des préoccupations d'ordre patrimonial ou financier et non pas à une finalité d'intérêt général* »⁵³. En d'autres termes, elles gèrent les biens qui en relèvent comme tout propriétaire privé et peuvent donc librement les céder ou les louer.

Plus précisément, la doctrine souligne que le principe de liberté « *se manifeste par le libre choix de la procédure de vente (l'adjudication n'est pas obligatoire) comme du type de vente* »⁵⁴.

Une circulaire du 12 février 1996 relative aux opérations immobilières réalisées par les collectivités territoriales⁵⁵ rappelle en introduction que si « *l'article 51 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques avait prévu que toute vente de terrain par une collectivité devait être précédée d'une publicité (...) cette procédure [a] été abrogée par la loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction* ».

Ainsi, depuis cette loi de 1994, les cessions des biens immobiliers du domaine privé des collectivités territoriales n'ont pas à être précédées de mesures de publicité ou de mise en concurrence préalables entre les acquéreurs potentiels, et ce quelle que soit la valeur des

⁵² Rép. Min. n° 4365, JOS Q 2 juillet 1987, p. 1033

⁵³ Juris-Classeur Administratif, Fascicule n°409 Domaine privé, 2000, n°73

⁵⁴ Juris-Classeur Collectivités Locales, Fascicule 88 Ventes immobilières, 2002, n°88

⁵⁵ Circulaire du 12 février 1996 relatives aux opérations immobilières réalisées par les collectivités territoriales et certains de leurs établissements publics, NOR FPPA9610025C

immeubles vendus. Les ventes immobilières échappent donc aux dispositions sur les délégations de services publics et sur les marchés publics⁵⁶.

Le Conseil d'Etat a souligné ce principe dans un arrêt en date du 8 février 1999⁵⁷ :

« Considérant qu'aucune disposition législative non plus qu'aucun principe général ne fait obligation à une commune de recourir à l'adjudication préalablement à la cession d'un bien immobilier lui appartenant »

En conséquence, le moyen tiré du défaut de publicité ne peut dans ces conditions qu'être jugé inopérant, ainsi qu'il ressort d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy du 22 juin 2000⁵⁸ :

« Considérant que le seul moyen spécifique à la contestation de cette délibération, acceptant la cession de deux terrains communaux à M. Gadziecky, est tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L.311-8 du code des communes, organisant une publicité préalable de ce type d'opérations foncières ; que, par l'effet de la loi n° 94-112 du 9 février 1994 qui les a abrogées ces dispositions n'étaient toutefois plus applicables, à la date de la délibération attaquée, intervenue le 22 décembre 1997 ; que le moyen est donc inopérant »

De cette liberté découle le libre choix de l'acquéreur.

Cependant, depuis l'arrêt « *Telaustria* » rendu le 7 décembre 2000 par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)⁵⁹, une partie de la doctrine estime que cet arrêt impose désormais aux personnes publiques de mettre en œuvre au minimum une publicité préalable lors de l'attribution de leurs concessions domaniales⁶⁰, ou même de tout contrat public tel que les simples cessions ou mise à disposition domaniales.

Or, si les marchés et les concessions dont les objets sont identiques : l'achat des prestations d'activités économiques, dans la mesure où ces achats représentent l'expression d'une part significative de la demande s'exprimant sur le marché intérieur, il est donc naturel que leurs régimes respectent les règles fondamentales du Traité.

A contrario, on doit considérer que les contrats passés par les collectivités publiques qui ne relèvent pas du comportement économique de l'achat de biens ou de services n'ont pas à être soumis à ces règles fondamentales du Traité. En effet, dès lors que ces contrats n'ont pas pour objet des prestations d'activités économiques mais par exemple simplement la mise à disposition ou la cession d'un bien public, ceux-ci n'entrent pas dans le champ d'application du droit communautaire.

⁵⁶ CE, 29 mai 2000, SCP d'architectes Legleye, n°204239
CE, 29 avril 2002, Société Apsys International, n°240272
CC, 21 janvier 1994, n°93-335

⁵⁷ CE, 8 février 1999, Ville de Lourdes, n°168043
CE, 26 octobre 1994, Monier, n°121717

⁵⁸ CAA Nancy, 22 juin 2000, Association Mieux Vivre Budanges, n°99NC02321

⁵⁹ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98.

⁶⁰ Sophie Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p. 70 ; François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, *Contrats et marchés publics*, n° 10, octobre 2005, Repère 8 ; Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2006, p. 590 ; Antoine Louvaris, *Contrats et marchés publics*, n° 5, mai 2007, Etude 9.

D'ailleurs, si l'on étudie avec attention les applications « positives » de la jurisprudence « *Telaustria* », il convient de souligner que les contrats en cause sont toujours des contrats finalement qualifiés de concession ou de marché public au sens des directives.

Ainsi, la CJCE a-t-elle appliqué la jurisprudence « *Telaustria* » à des contrats de concession de service⁶¹ ou bien à des contrats non soumis aux directives bien que réunissant les critères du marché public (notamment en raison de leurs montants)⁶².

Quant au juge français, jusque là, il ne s'est référé aux règles fondamentales posées par le traité de l'Union européenne que pour sanctionner l'absence de mise en concurrence pour l'attribution de marchés dont le montant était inférieurs aux seuils communautaires⁶³ ou celle des concessions d'aménagement⁶⁴, contrats dont il est désormais acquis qu'ils constituent nécessairement un marché public ou une concession de travaux au sens du droit communautaire⁶⁵.

Lorsqu'un contrat a pour simple et unique objet la mise à disposition par une personne publique d'une dépendance de son domaine (qu'il s'agisse d'ailleurs de son domaine privé ou de son domaine public) ou bien la cession de l'un des éléments de ce domaine (nécessairement privé dans cette hypothèse), celui-ci n'a pas pour objet l'achat de prestations économiques. En effet, le cocontractant de l'administration ne va nullement exécuter une quelconque activité pour le compte de cette dernière : dans cette hypothèse, elle ne formule pas une demande au sens économique mais, au contraire, elle est offreuse sur le marché

Certes, lors de l'attribution d'une autorisation d'occupation domaniale ou lors de la cession d'un bien public, les personnes publiques ne sauraient violer les principes du Traité, et notamment celui de non-discrimination en raison de la nationalité⁶⁶. Cependant, sauf dans l'hypothèse où il existe des dispositions législatives ou réglementaires prescrivant une procédure de publicité et/ou de mise en concurrence, comme c'est le cas pour la cession des immeubles du domaine privé de l'Etat⁶⁷, le principe qui demeure est celui de la possibilité de conclure de gré à gré ce type de contrat⁶⁸.

⁶¹ CJCE, 21 juillet 2005, Coname, C-231/03 (Distribution de gaz) ; CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, C-458/03 (Gestion de parkings publics) ; CJCE, 6 avril 2006, ANAV, C-410/04 (Services de transport public) ; CJCE, 13 septembre 2007, Commission c. République italienne C-260/04 (Gestion et collecte des paris hippiques).

⁶² CJCE, 14 octobre 2004, Commission c. République française, C-340/02 ; CJCE, 20 octobre 2005, Commission c. République française, C-264/03 ; CJCE, 14 juin 2007, Medipac-Kazantizidis, C-6/05 ; CJCE, 13 novembre 2007, Commission c. Irlande, C-507/03 ; CJCE, 15 mai 2008, SECAP, C-147/06.

⁶³ CAA Versailles, 6 décembre 2005, ANPE, n° 03VE04081, Publié au recueil Lebon ; CAA Bordeaux, 27 février 2007, n° 05BX00344.

⁶⁴ CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, SODEGIS, n° 01BX00381.

⁶⁵ CJCE, 18 janvier 2007, Auroux, C-220/05 ; Etienne Fatome et Laurent Richer, AJDA, 2007, p. 409.

⁶⁶ CJCE, 18 juin 1985, Steinhäuser c. Ville de Biarritz, affaire 197/84. En l'espèce, la Cour avait jugé comme contraire au principe général de non-discrimination en raison de la nationalité la décision de la Ville de Biarritz d'exclure d'une procédure d'adjudication d'un local appartenant au domaine public un candidat en raison de ce que celui-ci n'était pas français.

⁶⁷ Article R.129 du Code du domaine de l'Etat.

⁶⁸ A propos de la cession de terrains communaux, voir notamment : CE, 12 juin 1987, n° 71507 et 71961 et CE, 26 octobre 1994, n° 121717.

Le juge national a eu l'occasion d'écarter l'application de la jurisprudence « *Telaustria* » à la cession d'une dépendance domaniale d'une commune, et ce alors même que l'acquéreur allait exercer une activité économique sur le terrain en question.

En effet, dans un arrêt du 29 novembre 2007⁶⁹, la Cour administrative d'appel de Nancy a été amenée à se prononcer sur les conditions dans lesquelles une commune avait organisé un appel à projet dont l'objet était la cession d'un terrain communal sous forme d'un bail à construction pour favoriser l'implantation d'un centre commercial.

Alors que l'une des enseignes évincées faisait valoir que le programme établi pour le déroulement de l'appel à projets revêtait un caractère obligatoire « *en vertu du droit communautaire* », la CAA de Nancy va juger que si la commune devait respecter ledit programme, c'est seulement en raison de ce que celle-ci se devait d'appliquer les règles qu'elle avait elle-même librement édictées. En revanche, la Cour écarte toute application de la jurisprudence « *Telaustria* », et ce après avoir relevé que l'objet de l'opération (réalisation et exploitation d'un ensemble commercial) était « *exclusif de toute obligation de service public* » et que par voie de conséquence l'opération en cause ne pouvait être regardée comme constitutive d'une délégation de service public ou d'un marché public.

Certes, en l'espèce, la commune avait choisi de mettre en œuvre une procédure *ad hoc* de mise en concurrence. Cependant, de même que la commune avait librement décidé d'élaborer un programme pour la consultation des enseignes, celle-ci pouvait librement mettre en œuvre une consultation. En tout état de cause, dans la mesure où la Cour a exclu l'application de la jurisprudence « *Telaustria* » à l'opération en cause, la commune n'avait en effet aucune obligation de mettre en œuvre une quelconque publicité ou une procédure de mise en concurrence.

L'arrêt concerne le domaine privé et non le domaine public (et pour cause seules les dépendances du domaine privé peuvent être cédées), cependant, il n'y a aucune raison logique qui permettrait d'exclure l'application de la solution dégagée par la CAA de Nancy à des conventions d'occupation du domaine public. Par ailleurs, il convient de préciser que la nouvelle définition du domaine public telle qu'issue des dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques a vocation à faire entrer dans le domaine privé de nombreux terrains hier encore appelés à appartenir au domaine public, et notamment des terrains affectés à l'exécution de services publics⁷⁰.

L'arrêt de la CAA de Nancy semble donc bel et bien confirmer la ligne de partage que nous avons proposée dans notre première partie : dans la mesure où un contrat ne révèle pas un comportement d'achat, où il n'est pas le support de la satisfaction d'une demande économique exprimée par l'administration sur le marché, mais au contraire place cette dernière dans une position d'offreur de biens ou services, les règles encadrant l'expression de la demande des collectivités publiques, fussent-elles communautaires, n'ont aucune raison de s'appliquer.

⁶⁹ CAA Nancy, 29 novembre 2007, N° 06NC01189.

⁷⁰ Pour rappel, aux termes de l'article L.2111-1 du CGCPPP, lorsqu'un bien d'une personne publique est affecté à un service public, celui-ci n'intègre son domaine public qu'à la condition que celui-ci fasse l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.

On sait depuis longtemps qu'en ces matières il est malaisé de raisonner avec des concepts séparatifs si français, comme la domanialité publique ou la participation directe au service public, et que le Conseil d'Etat, en matière de commande publique, applique un principe de réalisme, dépassant certains sophismes à valeur incantatoire (contrats de mobiliers urbains⁷¹, concessions d'aménagement etc.).

Pourtant, la ligne de partage, que nous voyons simplement, ne remet pas en cause les anciennes solutions, au contraire, elle les prolonge.

Si, hier, le juge administratif pouvait juger que lorsqu'elles attribuaient de pures concessions domaniales, c'est-à-dire des concessions qui n'étaient assorties d'aucune obligation de service public, les collectivités n'avaient pas à respecter la procédure prévue par la loi Sapin pour l'octroi des délégations de service public⁷², aujourd'hui, les modalités d'attribution de ces mêmes contrats ne devraient pas plus se conformer aux obligations posées par la jurisprudence « *Telaustria* ». Dans ces hypothèses, les personnes publiques ne sont plus dans une logique de commande publique, mais, au contraire, dans une logique d'offre : elles n'attendent pas comme contrepartie la satisfaction d'un de leurs besoins propres (ou de ceux des usagers d'un service public dont elle assurerait la gestion⁷³).

Ce sont donc les causes juridiques des contrats, c'est-à-dire la contrepartie attendue par chacune des parties, qu'il est nécessaire d'identifier.

Lorsque l'administration n'attend d'autre contrepartie que le paiement des biens ou services qu'elle offre, contrepartie que l'on retrouve nécessairement dans tout contrat à titre onéreux, le contrat en cause n'a aucune raison d'être conclu après la mise en œuvre d'une publicité, voire d'une procédure de mise en concurrence.

Il est ainsi nombre de contrats d'occupation du domaine qui n'ont pour objet, pour le preneur ou le cessionnaire, que d'acquérir la jouissance ou la propriété du support immobilier (bureaux, terrains) de leur activité économique, activité économique qui ne participe en rien des activités d'intérêt général ou de service public assumées par l'administration propriétaire du bien. La jurisprudence « *Telaustria* » ne change donc rien aux règles de gestion du domaine privé ou du domaine public des personnes publiques.

Ce n'est que dans la stricte mesure où le contrat portant sur le domaine va permettre à l'administration de satisfaire certains de ces besoins que celui-ci devra respecter les conditions d'octroi qu'impliquent la mise en œuvre de la jurisprudence « *Telaustria* ».

Toutefois, s'agissant de la désignation des acquéreurs, il convient de signaler une jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Nancy en date du 24 octobre 2002⁷⁴ au terme de laquelle le juge semble implicitement vérifier l'existence d'un autre acquéreur potentiel. Les commentateurs de cette décision considèrent qu'il s'agit là d'un durcissement du contrôle du juge sur le principe de liberté de choix de l'acquéreur. Selon eux, cette décision « *rappelle indirectement la nécessité pour la Commune de justifier, dans sa*

⁷¹ CE, 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, n° 247299.

⁷² CE, 12 mars 1999, Ville de Paris / Société Stella Maillot-Orée du Bois, n° 186085.

⁷³ On peut donner l'exemple des contrats de mobilier urbain, contrats qualifiés de marchés publics dans la mesure où ils permettent de répondre aux besoins de la commune « en matière d'information de ses habitants et de protection des usagers des transports en commun » (CE, 4 novembre 2005, Société Jean-Claude). Decaux,

⁷⁴ CAA Nancy, 24 octobre 2002, MJ, n°01NC00043

délibération décidant la vente, le choix du cocontractant lorsque plusieurs offres lui ont été faites. Cette solution n'ait pas illogique puisque le juge administratif vérifiera toujours que, lors de l'intervention de cette décision, elle n'a pas notamment méconnu le principe d'égalité entre les citoyens ; ce qui ne signifie pas toutefois pas que la commune ait l'obligation de retenir l'offre la plus élevée, l'intérêt communal pouvant faire prévaloir un acquéreur sur un autre »⁷⁵.

Autre effet de cette absence d'obligation de publicité préalable, la collectivité cédante n'est pas tenue de privilégier le mieux offrant⁷⁶.

⁷⁵ Damien Dutrieux, L'aliénation d'un immeuble par une commune : le choix du cocontractant, JCP N, n° 51, 19 décembre 2003, page 1658

Antony Taillefait, Domine privé communal / Modalité de vente des biens du domaine privé communal : libre choix de l'acquéreur et respect du principe de non-discrimination, JCP A, n°10, 16 décembre 2002, 1328

⁷⁶ TA Montpellier, 28 novembre 2001, Association Saint-Cyprien Ma Ville, n°971709

LES RÉGIMES JURIDIQUES DISTINCTS EN MATIÈRE DE BAUX EMPHYTÉOTIQUES

Laurent Richer
professeur agrégé de droit public, avocat à la Cour

Origine du bail emphytéotique

D'où vient ce bail emphytéotique auquel les collectivités territoriales vouent une passion selon Christine Maugué ? A l'origine, il s'agit d'une réaction contre un arrêt du Conseil d'Etat (CE), l'arrêt du 6 mai 1985, association Eurolat, dans lequel le CE juge contraire aux principes de la domanialité publique la conclusion d'un bail emphytéotique par une collectivité locale pour la réalisation d'une maison de retraite. Le législateur a réagi à la suite d'un amendement à une loi sur l'administration locale, du 5 janvier 1988.

Dans le but de permettre la valorisation du domaine des collectivités locales, sans encore parler de partenariat, ce texte a introduit cette disposition étrange permettant aux collectivités locales — et uniquement à elles, sans extension à l'Etat comme on aurait pu l'imaginer — de conclure des baux emphytéotiques de l'article L. 451-1 du Code rural. Ce renvoi au Code rural est assez curieux. Le bail emphytéotique n'existe pas dans le code civil, on avait jugé en 1804 qu'il était entaché de féodalisme. Plus tard, en 1902, le bail emphytéotique a été créé pour encourager l'agriculture. Cette institution vient du droit romain : emphytéose vient du verbe grec *emphuteo* qui signifie planter. On voulait encourager les gens à planter, pas à « se planter ». Nous verrons qu'il existe un risque à ce dernier point de vue.

Le bail emphytéotique a connu un nouveau développement avec l'arrêt du 25 février 1994 société Sofap-Marignan. Le CE admet qu'il est possible à une commune de conclure un bail emphytéotique en vue de confier au titulaire la réalisation d'une opération pour son propre compte, en l'espèce la construction d'un immeuble de bureaux qui était destiné à être loué à la commune. Le bail emphytéotique devient un substitut du marché de travaux publics qui présentait, à l'époque, l'intérêt d'échapper au Code des marchés publics parce qu'il y a transfert de la maîtrise d'ouvrage sur l'emphytéote, le preneur du bail emphytéotique. A partir de cette date le bail emphytéotique a connu un certain succès notamment dans le secteur hospitalier qui le pratiquait traditionnellement car jusque dans les années 1970 on considérait que les biens des hôpitaux ne relevaient pas du domaine public ce qui facilitait l'inspiration du droit privé.

Le bail emphytéotique ne devait-il pas connaître un coup d'arrêt du fait que le droit public a fait la preuve, à partir de 1994, qu'il était capable d'inventivité, en mettant en place une protection renforcée des droits des occupants du domaine public ou privé ? Le CGPPP,

Madame Maugué nous l'a rappelé, a introduit l'autorisation avec droit réel dans le secteur local. Le contrat de partenariat est apparu etc. Le bail emphytéotique n'allait-il pas devenir caduc ? Ce n'est absolument pas le cas.

Au fur et à mesure des réformes, les textes successifs se sont employés à modifier le régime du bail emphytéotique. En dernier lieu, la loi du 28 juillet 2008, sur le contrat de partenariat comporte une disposition relative au bail emphytéotique pour prévoir l'éligibilité au FCTVA des baux emphytéotiques pour les opérations inférieures à un certain seuil, prévu par décret, qui devrait être de dix millions d'euros. Le bail emphytéotique est donc toujours vivant.

Dans la pratique également, car un certain nombre d'opérations comporte la conclusion d'un bail emphytéotique entre la collectivité et le plus souvent un établissement financier, qui est soit lui-même, leader d'un groupement, soit maître d'ouvrage, chargé de financer l'ouvrage et de conclure les marchés de travaux, après quoi, ou l'ouvrage est donné à bail à la collectivité locale, ou un contrat d'affermage est conclu ultérieurement par une procédure de délégation de service public.

Ce type de montage est extrêmement développé aujourd'hui. Il apparaît dans de nouveaux domaines, comme, par exemple, celui des centres aquatiques. Une commune du Nord vient de conclure un bail emphytéotique de onze millions d'euros pour la réalisation d'un centre nautique : bail de trente ans, 600 000 euros de loyer par an. Pour des immeubles de bureaux, des parkings souterrains, cette technique est actuellement très utilisée.

Les précautions à prendre

Sans entrer dans tous les détails, je voudrais évoquer deux problèmes. Mon propos n'est pas de dire qu'il ne faut pas employer le bail emphytéotique, mais qu'il faut l'employer avec précaution.

Evaluation préalable

Lorsque le bail emphytéotique est utilisé pour réaliser un équipement qui à terme reviendra à la collectivité locale, il est un instrument de la commande publique. Le Conseil constitutionnel, dans ses décisions du 26 juin 2003 et du 24 juillet 2008, a considéré qu'il existe certains principes de la commande publique auxquels il n'est possible de déroger que dans des cas exceptionnels. La condition majeure pour pouvoir déroger est de faire une évaluation préalable. Or le bail emphytéotique, dans la loi du 5 janvier 1988, codifié aux articles L. 1311-2 et suivants du CGCT, n'est assujéti à aucune obligation d'évaluation préalable. L'article 38 de la loi du 28 juillet 2008 est assez curieux, il n'a pas étendu au bail emphytéotique l'évaluation préalable qui est obligatoire pour le contrat de partenariat et pour certains contrats d'AOT avec droit réel de l'Etat. Il prévoit que les investissements réalisés dans le cadre d'un bail emphytéotique sont, s'ils doivent revenir à la collectivité, éligibles au FCTVA à deux conditions : s'il s'agit d'investissements inférieurs à un certain seuil qui sera fixé par décret et à condition d'avoir fait l'objet d'une évaluation préalable dans les mêmes conditions qu'un contrat de partenariat. Cette loi reconnaît implicitement l'obligation d'évaluation préalable pour certains contrats, mais pas pour les plus importants. Ce qui voudrait dire, pour certains, que pour les contrats inférieurs à 10 millions d'euros, on utilise le

bail emphytéotique et au-delà un contrat de partenariat. Il n'est, cependant, pas interdit de faire une évaluation préalable pour un bail emphytéotique supérieur à 10 millions d'euros. La dispense pose un problème de constitutionnalité me semble-t-il, car le Conseil Constitutionnel estime que lorsque l'on utilise des moyens dérogatoires à la commande publique, il faut une évaluation préalable. Peut-on admettre que l'on se situe dans le champ d'application de la future exception d'inconstitutionnalité lorsqu'elle sera entrée en vigueur ? Ceci ne peut être exclu : l'exception d'inconstitutionnalité, en effet sera ouverte lorsqu'il y aura mise en cause d'un droit fondamental. Ce droit fondamental peut être le droit à l'égalité. Comme le remarquait François Llorens dans une chronique récente, le droit constitutionnel, en jeu dans ces affaires de commande publique, c'est le droit à l'égalité dans la mesure où les PME sont en pratique exclues des pratiques partenariales et même du bail emphytéotique où l'accès pour elles est extrêmement difficile car elles ne peuvent garantir leur pérennité vis à vis des collectivités locales. Il semble donc prudent de faire une évaluation préalable avant de conclure un bail emphytéotique. Le guide de la MAINH pour les baux emphytéotiques hospitaliers soutient également cette position depuis longtemps.

La procédure

Alors que la suggestion avait été faite au Sénat de définir une procédure de passation des baux emphytéotiques, lors des auditions de la loi du 28 juillet 2008, car il y avait déjà eu des difficultés contentieuses, rien n'est prévu à cet égard. Ce problème relève du droit européen. En effet, le Code des marchés publics, article 2, tient compte de la jurisprudence Sofap-Marignan, en prévoyant qu'un marché de travaux publics est un marché qui a pour objet de réaliser des travaux dans lequel le pouvoir adjudicateur exerce la maîtrise d'ouvrage. Si le pouvoir adjudicateur n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage, le Code des marchés publics ne s'applique pas, donc le Code des marchés publics ne s'applique pas au bail emphytéotique puisque dans le bail emphytéotique, la maîtrise d'ouvrage est exercée par l'emphytéote. Toutefois, sur ce point, le code n'est pas en accord avec la définition communautaire du marché de travaux. Dans le droit communautaire, la notion de maîtrise d'ouvrage n'est pas connue, ni celle de propriété. En droit communautaire, un marché de travaux est un contrat qui porte sur la réalisation d'un ouvrage conforme aux spécifications du pouvoir adjudicateur. La Cour de Justice a jugé par l'arrêt du 18 janvier 2007, Auroux, que les concessions d'aménagement sont des marchés de travaux parce que les équipements publics ont été réalisés selon les spécifications du pouvoir adjudicateur. La notion de maîtrise d'ouvrage est totalement indifférente comme celle de à savoir à qui la propriété reviendra. Le critère est celui de l'initiative du marché de travaux. Les baux emphytéotiques de type Sofap-Marignan, pour réaliser un équipement qui sera donné à bail à collectivité, ou un bail emphytéotique pour réaliser une cuisine centrale qui sera ensuite donnée en affermage par exemple, sont des marchés de travaux, puisqu'ils ont pour objet de réaliser un équipement à l'initiative de la collectivité locale selon des spécifications définies par celle-ci. En outre, à l'issue du contrat ces équipements deviendront propriété de la collectivité. Il s'ensuit qu'il n'est pas possible de suivre le guide du CGPPP rédigé par la DGCL, qui traitant de la passation des baux

emphytéotiques, conseille de « s’inspirer du Code des marchés publics ». Ce conseil ne m’apparaît pas très inspiré.

En effet, il n’est pas question de s’inspirer mais d’appliquer les procédures prévues par la directive 2004-18, c’est-à-dire des procédures du Code des marchés publics. La Communauté urbaine de Bordeaux avait suivi le conseil de la DGCL, en lançant une procédure de bail emphytéotique pour construire un immeuble de bureaux avec un parking souterrain de 200 places pour son propre usage, elle avait publié un avis européen au JOUE, indiquant que la procédure suivie était une procédure de dialogue compétitif « inspirée » de la directive 2004-18, avec de la négociation alors que le projet n’était pas du tout complexe. Le tribunal administratif de Bordeaux, , a jugé, le 26 novembre 2007, que ce contrat était un marché de travaux et a rejeté le moyen de défense adopté par la Communauté urbaine consistant à dire que ce n’était pas un marché de travaux au motif qu’il s’agissait d’une concession de travaux avec possibilité d’effectuer un marché négocié. Le TA a rejeté ce moyen en indiquant que ce contrat n’étant pas au risque du titulaire n’est pas un marché. Le TA a appliqué le critère communautaire de la distinction entre marché de travaux et concession de travaux.

Reste le problème du montage dans lequel le bail emphytéotique porte sur la réalisation de l’ouvrage, lequel n’est pas destiné à être donné à bail à la collectivité territoriale, mais fait ensuite l’objet d’une procédure séparée de délégation de service public, est donné en affermage. L’article L 1311-3 du CGCT prévoit que le bail emphytéotique et la convention qui a pour objet la gestion de l’équipement sont indissociables, puisque la convention est qualifiée de convention non détachable. Comment peut-on réaliser ce montage en respectant cette exigence ?

Enfin, tout bail emphytéotique d’une collectivité locale n’est pas un bail emphytéotique administratif. Il reste possible sur un bien du domaine privé, lorsque l’équipement n’est pas affecté à un service public ou à une activité d’intérêt général de conclure des baux emphytéotiques de droit commun. Par exemple des golfs privés sont exploités sur des terrains communaux dans le cadre de baux emphytéotiques de droit privé, on peut également trouver des baux à construction dans ce cas. Normalement, cette zone devrait être une zone de tranquillité, sauf que la CJCE dans son arrêt de 2000, Telaustria, a défini un principe de transparence qui a vocation à s’appliquer dans tous les cas où un contrat est conclu avec un opérateur économique pour lui faciliter son activité. Un bail de droit privé conclu avec un opérateur économique ne devrait-il pas aussi être soumis à une procédure de transparence ? Le TA de Paris a considéré, dans un jugement du 30 mai 2007 qui concernait un bail emphytéotique de droit privé entre la ville de Paris et l’OPAC de Paris, que dès lors que ce contrat était conclu avec un opérateur économique, le principe de transparence s’appliquait et par conséquent ce contrat détachable était illégal. Pour ne pas compromettre des opérations financièrement intéressantes, car elles présentent le même intérêt que les contrats de partenariat, il est indispensable de prendre toutes ses précautions du côté de la procédure.

Pierre Devarenne

La difficulté est de maîtriser ces concepts, car la définition du bail emphytéotique administratif (BEA) est différente de celle du bail emphytéotique classique. Notamment la

cession est encadrée dans le BEA alors que le principe même du bail emphytéotique de droit commun est d'être cessible. C'est pourquoi, il se trouve dans le Code rural où il se distingue du statut des baux ruraux qui ne sont pas normalement cessibles.

Laurent Richer

Si le bail emphytéotique est un marché public de travaux, quand il l'est, comme il l'est dans la majorité des cas, s'appliquent les principes dégagés par le Conseil d'Etat, dans l'avis commenté notamment par Christine Maugué, avis sur les cessions de contrat, valable pour les marchés et les délégations de services publics. Cet avis admet la possibilité de cession suivant les règles de l'article L 1311-1 et 2 avec autorisation donnée par le pouvoir adjudicateur. Cet avis est-il toujours valable au regard de l'avis rendu par la CJCE où elle considère que, dès lors qu'une procédure de passation est applicable, les modifications substantielles, comme en France, doivent faire l'objet d'une remise en concurrence, et au nombre des modifications substantielles, elle compte le changement de titulaire, sauf les cas où le changement de titulaire résulte d'une restructuration au sein d'un groupe. Quand la Compagnie générale des Eaux crée une nouvelle société qui s'appelle Véolia Eaux et lui transfère les contrats, aucun problème. En revanche, si le titulaire est totalement nouveau, la doctrine du 8 juin 2000 est-elle applicable lorsque l'on se situe soit au-dessus des seuils communautaires, soit lorsque le contrat est de portée européenne ? Ce principe vaut également pour le bail emphytéotique quelles que soient les dispositions législatives qui ne peuvent pas prévaloir contre les principes du droit communautaire.

LES RÉGIMES JURIDIQUES DISTINCTS

LA CONTREPARTIE FINANCIÈRE DE L'OCCUPATION PRIVATIVE DU DOMAINE PUBLIC

Christophe MONDOU
Maître de conférences en droit public

La valorisation financière des biens appartenant au domaine public des collectivités territoriales n'est évidemment pas une question nouvelle mais elle a été fortement renouvelée ces dernières années tant par l'apparition de nouvelles techniques contractuelles que par la volonté des dites collectivités de faire usage de leurs prérogatives de propriétaire public, à l'exemple de l'affaire des radars de l'Etat implantés sur le domaine public des conseils généraux.

Le nouveau code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) est venu renouveler la question de la contrepartie financière de l'occupation du domaine public (articles L 2125-1 et suivants, v Thierry Lamulle, « Les redevances et produits domaniaux », in *Réflexions sur le CG3P*, Litec, 2007) en donnant les précisions du nouveau dispositif applicable à l'ensemble des personnes publiques soumises à ses dispositions. Ce code rédigé par la voie d'une ordonnance (du 21 avril 2006) et non de celle d'une loi, a repris sur ce point des recommandations énoncés par le Conseil d'Etat quelques années plus tôt dans son rapport *Les redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public* (La documentation française, 2002).

Nous remarquerons, que la rédaction de l'article L 2125-1 soulève une interrogation fondamentale, mais en même temps anecdotique car autrement le dispositif n'aurait plus de sens. En effet, cet article vise l'obligation d'instaurer une redevance pour toute occupation ou utilisation du domaine public sans préciser qu'il s'agit des hypothèses d'occupation ou d'utilisation privative. Il ne paraît évidemment pas possible de considérer que ces dispositions visent les utilisations collectives du domaine public. Ces dernières sont en principe gratuites, à l'exception des habilitations légales permettant aux collectivités territoriales d'instaurer un système de paiement pour usage collectif. Nous pouvons rappeler trois hypothèses d'institution de redevances pour usage collectif.

Il s'agit d'abord des redevances pour l'usage de certains ouvrages d'art (art L 153-1 et ss CVR). Le péage est alors possible dès lors que l'utilité, les dimensions, le coût d'un ouvrage

d'art appartenant à la voirie départementale ou communale ainsi que le service rendu aux usagers le justifient et ce pour assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées soit à la construction, soit, lorsque ces missions font l'objet d'une convention de délégation de service public, à la construction, à l'exploitation et à l'entretien ou à l'exploitation et à l'entretien de l'ouvrage d'art et de ses voies d'accès ou de dégagement. En cas de délégation de ces missions de service public, le péage couvre également la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le délégataire. Le produit du péage couvre ses frais de perception.

Il s'agit ensuite de l'institution de la taxe spéciale pour usages spécifiques du domaine routier. Toutes les fois qu'une voie communale ou départementale entretenue à l'état de viabilité est habituellement ou temporairement soit empruntée par des véhicules dont la circulation entraîne des détériorations anormales, soit dégradée par des exploitations de mines, de carrières, de forêts ou de toute autre entreprise, il peut être imposé aux entrepreneurs ou propriétaires des exploitations, des contributions spéciales, dont la quotité est proportionnée à la dégradation causée. Mais ce cas se rapproche plus d'une utilisation privative dans le sens où l'usager de la voie lui cause certaines dégradations liées à son activité.

Enfin, il s'agit de la nouvelle possibilité d'instaurer une redevance pour la fréquentation des sites nordiques dédiés à la pratique du ski de fond (art. L. 2333-81 CGCT et art. L. 342-27 code du tourisme) et des autres loisirs de neige non motorisés autres que le ski alpin (ce qui vise principalement les promenades en raquettes), depuis la loi du 14 avril 2006 (*JO* 15 avril, p. 5693, art. 2333-81 CGCT).

Il ne s'agit que de dérogations au principe de gratuité de l'usage collectif du domaine public. En revanche, l'usage privatif du dit domaine se trouve être soumis à un principe de non gratuité comme l'avait déjà énoncé la juridiction administrative (CE, 11 février 1998, Ville de Paris, Rec p 46 et CAA Marseille, 6 décembre 2004, Ville de Nice, AJDA, 2005, p 831), principe de non gratuité repris par le CG3P à l'article précité (I). Le code apporte aussi des précisions, mais si elles restent incomplètes, sur la question des modalités de calcul de la redevance (II).

L'INSTAURATION DE LA REDEVANCE

La présente étude porte sur l'instauration d'une redevance pour usage privatif de leur domaine public par les collectivités territoriales.

Fréquemment, les règles de gestion des deux domaines (privé et public) sont comparées et celles relatives au domaine privé apparaissent moins contraignantes. Mais en matière de redevance pour usage du domaine, rien n'est moins sûr. En effet, si la collectivité souhaite louer un appartement de son domaine privé, elle ne pourrait pas le faire sans prévoir l'instauration d'un loyer au risque de se voir reprocher la réalisation d'une libéralité envers le locataire, or cela lui est interdit. De même, si la collectivité souhaite louer un bâtiment, du

type atelier-relais ou usine-relais à une société avec l'absence de loyer, cela doit être compatible avec les dispositions relatives aux aides économiques, or en matière de loyer cela est très strict et son absence paraît impossible (art. L 1511-3 et R 1511-5 et ss CGCT). La liberté d'instauration ou non d'un loyer pour l'usage du domaine privé

Du côté du domaine public, le CG3P pose un principe simple : l'obligation d'une redevance mais l'assortit maintenant de nombreuses exceptions, non initialement prévues. La réalité ayant été plus forte que le droit, il a bien fallu corriger le droit plutôt que de laisser perdurer de nombreuses situations illégales. Peut-être est-ce là la conséquence d'un code adopté par voie d'ordonnance et non par la voie parlementaire. Ces derniers auraient peut-être tenus compte toute de suite de situations qu'ils connaissaient bien dans leurs collectivités (pour ceux ayant la double qualité, notamment à propos de la situation des associations). Le code a donc été modifié un an et demi après son entrée en vigueur. En termes de sécurité juridique, la codification perd de sa pertinence, si elle nécessite des aménagements permanents.

Le principe : l'obligation d'instaurer la redevance

D'un point de vue historique, l'obligation d'instaurer une redevance pour l'usage privatif du domaine public des collectivités est restée dans le flou à la différence de la situation de l'Etat. En effet, pour ce dernier le code du domaine de l'Etat précisait très clairement l'existence d'une obligation d'instaurer la redevance d'occupation. Pour les collectivités, c'est la juridiction administrative qui s'est prononcée avec certaines hésitations (ainsi pour la CAA Versailles, 12 juin 2008, France Telecom : toute occupation privative du domaine public est subordonnée à la délivrance, par la collectivité propriétaire de ce domaine, d'une autorisation et au paiement d'une redevance en vertu des principes énoncés par les articles L. 28 et L. 29 du code du domaine de l'Etat, alors en vigueur, et applicables au domaine public des collectivités territoriales). Finalement, les décisions récentes précitées ont validé l'idée d'une obligation de non gratuité.

Le débat sur l'existence d'une obligation ou non paraît clos avec le CG3P dont l'article L 2125-1 précise 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 ».

Ainsi, le code vise l'occupation et l'utilisation du domaine public de **manière privative** (élément que nous ajoutons selon la remarque précédente). L'occupation s'entend comme une installation sur le domaine public qui peut avoir une emprise ou non au sol (plutôt pour des activités commerciales par exemple). L'utilisation s'entend comme le simple usage de la dépendance domaniale, à l'exemple de l'utilisation d'un équipement sportif (stade ou gymnase) ou culturel.

Même si le code ne l'évoque pas, nous savons que cette redevance concerne non seulement l'occupant ou l'utilisateur régulier ayant demandé l'autorisation nécessaire, mais aussi l'occupant ou l'utilisateur fictif (c'est-à-dire celui qui a obtenu un titre d'occupation mais qui

ne s'en sert pas réellement, la non occupation ne vaut pas exonération de la redevance) ainsi que l'occupation ou l'utilisateur irrégulier (sans titre ou autorisation).

L'institution de la redevance s'effectue par un acte réglementaire (CAA Douai, 28 février 2008, Germaine X : « Considérant toutefois que si aucun principe général non plus qu'aucune règle ne s'oppose à ce que la publication d'une décision réglementaire fixant les tarifs d'occupation du domaine prenne la forme d'une mise en ligne de cette décision sur l'Internet, ce mode de publicité n'est susceptible d'être opposable aux intéressés, occupants du domaine fluvial, qu'à la condition, d'une part, que l'information ainsi diffusée puisse être regardée, compte tenu notamment de sa durée, comme suffisante et, d'autre part, que le mode de publicité par voie électronique et les effets juridiques qui lui sont attachés aient été précisés par un acte réglementaire ayant lui-même été régulièrement publié »).

Il appartient à l'assemblée délibérante de prévoir cette redevance pour occupation domaniale, mais elle peut déléguer cette compétence soit au maire pour les communes, soit à la commission permanente dans les départements et régions. Cette compétence de l'assemblée locale concerne tant le domaine public de la collectivité que celui dont la gestion lui a été confiée par l'Etat (CE, 8 juillet 1996, Merie, *Rec.* p. 272).

L'assemblée fixe le régime de la redevance, c'est-à-dire notamment les modalités de calculs, les tarifs préférentiels, les modalités de versement... Elle peut modifier les conditions à tout moment mais sous réserve de ne le faire qu'en raison de faits survenus ou portés à sa connaissance postérieurement à la délivrance de ces autorisations (CE, 12 octobre 1994, Visconti, *Rec.* p. 442).

En matière de halles et de marchés, le régime des droits de place et de stationnement est défini conformément aux dispositions d'un cahier des charges ou d'un règlement établi par l'autorité municipale après consultation des organisations professionnelles intéressées (art. L. 2224-18 CGCT), avec cependant des possibilités de délégation au maire (art L 2122-22 2° CGCT) :

La redevance ainsi instituée ne constitue pas une contribution indirecte (CE, 22 décembre 1989, CCI du Var, *Rec.* p 268), ni des redevances pour service rendu (CE, 29 novembre 2002, Commune du Barcarès c/ Attal, RFDA, 2003 p 173, sur cette question de la nature juridique de la redevance voir Y Brard, *Redevance pour occupation du domaine public : certitudes ou incertitudes de la jurisprudence*, Dalloz, 1999, p 19). Elle est la contrepartie du seul droit d'usage privatif du domaine public, ce qui a forcément des incidences sur la manière d'en calculer le montant (v infra II A)

Les exceptions à l'instauration obligatoire

Avant le CG3P, il existait déjà des situations d'exception à l'obligation d'instaurer une redevance d'occupation du domaine public. L'arrêt CAA Marseille, 6 décembre 2004,

Commune de Nice, précité énonce ces exceptions que les exceptions sont justifiées par l'intérêt général apprécié in concreto.

Initialement le CG3P n'avait prévu que deux dérogations à l'obligation de prévoir une redevance. Mais par la suite, deux lois votées fin 2007 sont venues en ajouter de nouvelles.

S'agissant des dérogations initiales, elles visent :

- le cas où l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous. Les services publics gratuits ne sont pas très nombreux, en conséquence, cette première dérogation ne jouera pas très souvent (sécurité, salubrité publique)

- le cas où l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même. Sur cette dérogation, la principale difficulté réside dans le caractère direct de la contribution. Il faut donc que cette protection du domaine soit la finalité de la contribution demandée à l'occupant ou à l'utilisateur (comme pour les canalisations d'égout, d'eaux pluviales)

Dès lors que ces deux seuls cas sont les exceptions à l'existence d'une redevance, les associations se trouvent dans la situation de devoir payée l'occupation ou l'utilisation des salles communales et des équipements communaux. Or, la pratique a montré que les collectivités ne faisaient généralement pas payer ces occupations ou utilisations puisque le plus souvent ces associations ont déjà des difficultés financières et qu'elles ont demandé aux dites collectivités de les aider en versant des subventions.

C'est ainsi que la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit va comporter un article visant, mais pas seulement, la situation des associations. Ainsi, une troisième exception à l'instauration de la redevance est possible lorsque l'occupation ou l'utilisation ne présente pas un objet commercial pour le bénéficiaire de l'autorisation. Il appartient à l'organe délibérant de la collectivité concernée de déterminer les conditions dans lesquelles il est fait application de cette gratuité.

Nous pouvons remarquer que cette nouvelle exception rejoint en fait celle déjà existant prévue par l'article L 2144-3 CGCT qui prévoit que :

« Des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande.

Le maire détermine les conditions dans lesquelles ces locaux peuvent être utilisés, compte tenu des nécessités de l'administration des propriétés communales, du fonctionnement des services et du maintien de l'ordre public.

Le conseil municipal fixe, en tant que de besoin, la contribution due à raison de cette utilisation »

Enfin, la loi de finances pour 2008 (loi du 24 décembre 2007) est revenue sur la question du paiement d'une redevance d'occupation du domaine public des collectivités par l'Etat pour les

radars implantés sur leur propriété. L'alinéa 1^{er} de l'article L 2125-1 est alors modifié pour comporter une exception de principe visant l'occupation ou l'utilisation par l'installation par l'Etat des équipements visant à améliorer la sécurité routière. Il s'agit d'une 4^e exception (mais énoncée en premier dans le code). Sans revenir sur cette discussion du paiement ou non d'une redevance par l'Etat pour ses radars, nous pouvons constater que la haute juridiction administrative avait statué (4 arrêts du CE du 31 octobre 2007 dont Département de l'Aude ou de l'Essonne), en précisant que les radars appartenaient au domaine public routier en raison de la définition donnée de ce domaine par le code de la voirie routière et qu'en conséquence, qu'étant « le domaine », ils ne pouvaient l'occuper ou l'utiliser et donc l'idée du paiement d'une redevance n'avait donc pas lieu d'être. Il a fallu que le législateur intervienne avec ce dispositif qui donne une réponse légale (ou légaliste) mais peu cohérente juridiquement !

LE MONTANT DE LA REDEVANCE

Comme à propos de l'instauration de la redevance, nous pouvons comparer les régimes des domaines privé et public. Là encore, le domaine privé ne bénéficie pas d'une situation nettement plus avantageuse que le domaine public. En effet, la gestion de ce domaine privé nécessite de respecter les dispositions relatives aux aides aux entreprises, dès lors le loyer d'une location à une société doit en tenir compte (voir les références précédentes). Quant au loyer d'une location d'appartement, il n'est pas complètement libre notamment parce que les contribuables locaux se sont vus reconnaître un intérêt à agir au nom de leur collectivité pour contester la fixation de loyers trop bas (art L 2132-5 CGCT et CE, 30 avril 1997, X, à propos des appartements de la ville de Paris).

Alors quelles sont les règles encadrant la fixation initiale ou la révision des redevances liés à l'occupation du domaine public ?

La fixation du montant

1) Les éléments servant à fixer la redevance

Le CG3P dans son article L 2125-3 précise sur quelle base la redevance doit être calculée. Il s'agit des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation d'occupation du domaine public. Il n'y a pas de là de révolution, dans le sens où c'était déjà ce que la juridiction administrative avait demandé (CE, 21 mars 2003, SIPPAREC, DA, 2003, p 29).

Maintenant, toute la difficulté réside dans la détermination de ces avantages, que faut-il entendre par là ? Et plus généralement sur quels éléments les autorités locales peuvent-elles s'appuyer pour fixer régulièrement leurs redevances ?

De la jurisprudence antérieure, encore utilisable aujourd'hui, il ressort que le calcul de la redevance peut s'appuyer sur

- la prise en compte de la valeur locative d'une propriété privée comparable à la dépendance du domaine public (sans que cela soit obligatoire pour le CE, 11 octobre 2004, Prouvoyeur,

même si pour certaines CAA cette prise en compte soit une obligation CAA Marseille, 28 avril 2008, Société Leader Racing) ;

- la prise en compte de la superficie (sans que cela soit une obligation, CE, 3 février 1933, Syndicat des patrons et marins pêcheurs du Tréport, Rec p 153) ;
- la prise en compte du simple fait de jouir privativement de la dépendance domaniale ;
- prise en compte du caractère spécifique de chaque type d'occupation, ce qui se traduit par une :

- prise en compte des différents usages de l'occupation (ne pas se tromper alors d'usage)
- prise en compte de la réalisation travaux ou non (ou de simple dépôt de matériels)
- prise en compte de la nature de l'activité exercée, à l'exemple d'une activité économique et conséquences qui en découlent sur la redevance (chiffre d'affaires, conditions d'exploitation ou de rentabilité de l'occupation)

Ainsi, de ces divers éléments, les autorités locales peuvent, pour la location d'un stade, fixer la redevance sur la base des avantages tirés de l'occupation d'un complexe sportif s'appréciant notamment au regard des recettes tirées de son utilisation telles que la vente des places et des produits dérivés aux spectateurs, la location des emplacements publicitaires et des charges que la collectivité publique supporte telles que les amortissements, l'entretien et la maintenance calculés au prorata de l'utilisation d'un tel équipement (CAA Lyon, 12 juillet 2007, Ville de Lyon c/ SASP Olympique Lyonnais, req. n°06LY02105 et 06LY02106). La valorisation du domaine (en termes financier) est réellement réalisée dans une telle situation.

Au vu de ces éléments se pose évidemment la question des redevances prenant la forme d'un simple forfait. Le fait de fixer un forfait n'est pas impossible (CAA Nancy, 2 août 2007, Stéphane X, req. n°06NC00434 : Considérant, d'autre part, qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le département de la Moselle est fondé à recouvrer au titre des occupations privatives de son domaine public des redevances calculées en tenant compte des avantages de toute nature procurés au permissionnaire de voirie ; que si M. X ne retire aucun avantage de nature économique de l'installation du fourreau de télédistribution, la redevance forfaitaire annuelle de 30 euros à laquelle il est assujéti, dans l'attente de l'exploitation du service par un concessionnaire, n'apparaît pas revêtir un caractère excessif eu égard aux facilités qu'il pourra tirer, le moment venu, de la présence dudit ouvrage) mais pour autant il faut que cette méthode soit vraiment adaptée à la situation de l'occupant.

A propos de la redevance forfaitaire et de son application aux droits de voirie, il faut rappeler que la juridiction administrative considère qu'il faut appliquer le droit commun (CAA Versailles, 12 juin 2008, France Télécom, req. n°06VE02675 : « l'obligation de solliciter de la commune concernée la délivrance d'une permission de voirie et du paiement d'une redevance dont le montant doit être, en application du droit commun, déterminé en fonction des avantages de toute nature procurés au permissionnaire de voirie par l'occupation du domaine public »).

Le montant doit donc être déterminé au vu des remarques précédentes. Mais il ne faut pas oublier non plus que la fixation de ce montant se trouve encadré par d'autres régimes juridiques.

Ainsi, le montant ne doit pas apparaître comme une aide illégale aux entreprises ou une aides interdites à une association culturelle (voir à ce propos TA Marseille, 21 décembre 2007, X et Y, req. n°0705562 : « que la conclusion par une collectivité territoriale d'un bail emphytéotique en vue de l'affectation à une association ayant une activité culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, en application des prescriptions rappelées ci-dessus du code général des collectivités territoriales, ne peut avoir légalement pour objet ou pour effet de procurer à cette association une subvention directe ou indirecte, en méconnaissance de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 ; que la détermination du montant du loyer annuel prévu par un tel bail doit notamment résulter de la prise en compte de la valeur du bien donnée à bail, valeur diminuée par la nature même du bail emphytéotique administratif conclu pour l'affectation d'un édifice du culte ouvert au public ainsi que, le cas échéant, par les clauses limitant l'étendue des droits réels consentis, et de la valeur du bien de retour à l'échéance du contrat »).

2) Le contrôle de la redevance

La fixation de cette redevance doit donc respecter certains principes qui sont les suivants :

- une redevance proportionnelle à tous ces avantages (CE, 21 mars 2003, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux, *BJCL*, n°6/03, p 414)
- un respect du principe d'égalité, en conséquence, les occupants ou les utilisateurs placés dans une même situation doivent acquitter la même redevance (CAA Bordeaux, 24 mai 2005, Denis X, req. n° 00BX02898).

La fixation de cette redevance reste sous le contrôle de la juridiction administrative à l'occasion d'un déferé ou d'un recours d'une personne ayant intérêt et qualité. Dans ce cas, la juridiction administrative s'assure que les autorités locales n'aient pas commis d'erreur manifeste d'appréciation, que le montant ne soit pas excessif (CAA Nancy, 30 septembre 2004, Delvaux, JCP A, 22 nov 2004, p 1516)

La juridiction administrative peut alors être amenée à censurer la fixation de certaines redevances lorsque notamment elles ont été fixées en fonction de l'offre et de la demande (CAA Marseille, 6 décembre 2004, Commune de Millias et Commune de Saint Féliu d'Amont, req. n° 00MA00884 et 00MA00917) ou selon les règles d'une redevance pour service rendu (CE, 29 novembre 2002, Commune du Barcarès, req. n° 219244 mais attention si l'occupant bénéficie aussi de certains services de la part du propriétaire public il paiera aussi une redevance pour service rendu, il faut alors bien distinguer les deux fondements).

In fine, sur la question de la fixation de la redevance, n'oublions pas l'existence de situations particulières en matière de fixation de redevance d'occupation. Nous pouvons citer deux situations :

- Stationnement sur voirie (art L 2213-3 CGCT)
- Occupation pour transport et distribution d'électricité, de gaz, oléoduc, télécommunications (voir les dispositions spécifiques du CGCT : R 2333-105, 2333-114...).

La révision du montant

Le montant de la redevance est révisable avant le terme de l'autorisation dès lors qu'elle est unilatérale autrement il faut attendre le terme de la convention d'occupation (TA Saint-Denis de la Réunion, 17 décembre 2001, Le Club d'éducation canine de Saint-Paul, BJCP, 2002, p 409).

La révision de la redevance nécessite le respect du principe de sécurité juridique (CAA Versailles, 21 octobre 2004, X, req. n°02VE01681 : « Considérant, en troisième lieu, que si M. X soutient que le principe de sécurité juridique serait méconnu en ce que les éléments de détermination des indemnités auraient été modifiés à de nombreuses reprises entraînant par voie de conséquence des fluctuations sensibles de leur montant, il ressort toutefois des pièces du dossier que ces variations, au sein de la période en litige, correspondent à l'indice INSEE de la construction, la surface d'assiette n'ayant pas été modifiée, et que la variation sensible enregistrée entre 1986 et 1987 s'explique par la prise en compte de la location à titre lucratif d'une partie des locaux ; qu'il suit de là que le moyen tiré de la violation du principe de sécurité juridique doit, en tout état de cause, être écarté »).

LES RÉGIMES JURIDIQUES DISTINCTS

LE TRANSFERT ET LA SUPERPOSITION DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC

Robert REZENTHEL
docteur en droit

Un siècle après la jurisprudence consacrant la théorie des mutations domaniales et deux ans après la publication du Code général de la propriété des personnes publiques le transfert et la superposition du domaine public continuent d'intéresser les juristes et les gestionnaires dudit domaine.

Le droit de la domanialité publique a beaucoup évolué au gré des modifications de l'environnement juridique et économique ainsi que le rappelle le rapport de présentation au Président de la République de l'Ordonnance relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques.

Si la gestion du domaine public constitue une mission de service public à caractère administratif, elle permet l'exercice de multiples activités économiques impliquant la prise en compte de la liberté du commerce et de l'industrie et le respect du droit de la concurrence⁷⁷.

A diverses reprises, la question s'est posée de l'intérêt du maintien de la théorie des mutations domaniales. Le Code général de la propriété des personnes publiques en a confirmé l'intérêt, mais il prévoit d'autres régimes juridiques comme l'échange⁷⁸ ou la cession⁷⁹ sans déclassement du domaine public entre personnes de droit public, ainsi que la remise aux collectivités territoriales ou à des établissements publics, de même qu'à des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) en gestion d'immeubles dépendant du domaine de l'Etat en vue d'assurer la conservation, la protection ou la mise en valeur du patrimoine national. Ajoutons qu'à l'occasion de la mise en oeuvre de la décentralisation, l'Etat a transféré dans un premier temps, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, la jouissance de son domaine public, puis leur a remis les parcelles et ouvrages concernés en pleine propriété⁸⁰,

⁷⁷ CE Sect. 26 mars 1999, sté Hertz France, AJDA 1999 p. 427 concl. J-H Stahl

⁷⁸ Art. L 3112-2 du code général de la propriété des personnes publiques.

⁷⁹ Art. L 3112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁸⁰ Art. 30-I de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004.

comme il vient de le faire au profit des ports maritimes autonomes auxquels sont substitués à présent les « grands ports maritimes »⁸¹. Il s'agit d'un régime distinct du transfert de gestion tel qu'il est consacré aujourd'hui par la loi, car sa durée est indéfinie, il intervient à titre gratuit et n'implique pas de changement d'affectation du domaine public.

Le transfert de gestion du domaine public représente-t-il à lui seul la théorie des mutations domaniales ?

LE TRANSFERT DE GESTION ET SON ENVIRONNEMENT JURIDIQUE

Les mutations domaniales ont une origine jurisprudentielle⁸² considérant que l'Etat peut imposer un changement d'affectation au domaine public des collectivités territoriales ou aux établissements publics.

Les textes relatifs au transfert de gestion

Dans le rapport sur le droit des propriétés publiques adopté par la section du rapport et des études du Conseil d'Etat en 1986, il est indiqué que la théorie dite des « mutations domaniales » « a été reprise dans le décret-loi du 5 juin 1940 codifié sous l'article L 35 du Code du domaine de l'Etat sous le terme de « transfert de gestion »⁸³. Une partie de la doctrine⁸⁴ s'étonne avec juste raison de cette assimilation. L'article R 58 du Code du domaine de l'Etat qui n'est pas applicable au transfert de gestion du domaine public au profit des collectivités territoriales⁸⁵, suggère l'hypothèse d'une négociation entre l'Etat et la collectivité territoriale concernée, circonstance qui semble offrir la possibilité d'accepter contractuellement un tel transfert sans changement d'affectation autoritaire.

Il importe surtout que le domaine public demeure affecté au service public⁸⁶ ou à l'usage du public, et qu'en tout état de cause, il ne soit pas utilisé à des fins contraires à l'intérêt général. Le juge administratif a la possibilité d'exercer un contrôle sur ce point.

⁸¹ Art. 15 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008, et décret n° 2008-1032 du 9 octobre 2008 – JO 10 octobre 2008.

⁸² CE Ass. 16 juillet 1909 – ville de Paris c/ Compagnie du chemin de fer d'Orléans – Rec. p. 707 concl. Teissier.

⁸³ « Troisième partie du rapport sur le droit des propriétés publiques adopté par la section du rapport et des études du Conseil d'Etat en juin 1986 » EDCE n° 38 (1987) p. 14 et suiv. L'assimilation a été reprise par le Conseil d'Etat dans l'avis de la section de l'intérieur du 19 mars 2002 – Rapport public 2003 du Conseil d'Etat – EDCE n° 54 (2003) p. 182.

⁸⁴ « L'indépassable théorie des mutations domaniales » B.Tardivel – AJDA 2003 p. 1209.

⁸⁵ CE 23 juin 2004 – Commune de Proville – req. n° 253419, BJCL n° 2/05, p. 103 concl. M. Guyomar, note S. Ferrari.

⁸⁶ CE Avis Sect. Int. 26 juillet 2005 – Rapport public 2006 du Conseil d'Etat p. 193 (2006).

L'article L 2123-1 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que : « *Les personnes publiques mentionnées à l'article L 1 gèrent ou font gérer leur domaine public, dans les conditions fixées par les lois et les règlements en vigueur* ». Cette prescription constitue une limite au recours au transfert de gestion dans la mesure où, en l'absence de changement d'affectation du domaine public, l'opération ne peut avoir lieu que dans le respect des procédures définies par les textes. Ainsi, l'exploitation d'outillages publics portuaires ne saurait être transférée à une collectivité territoriale ou à un établissement public sans respecter la procédure d'instruction déterminée par le Code des ports maritimes ou l'appel à candidatures prévu pour les délégations de service public⁸⁷.

Les limites du transfert de gestion

Si le domaine public maritime naturel⁸⁸ peut faire l'objet d'un transfert de gestion volontaire de la part de l'Etat au profit des collectivités territoriales, cette procédure ne saurait échapper, selon l'affectation envisagée, à la procédure de concession à charge d'endigage⁸⁹ ou de plage⁹⁰, voire d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports⁹¹. Le transfert de gestion ne doit pas être utilisé comme un moyen d'opérer un détournement de procédure. Ainsi, peut-on utiliser ce transfert pour remettre la gestion d'une infrastructure de transport gérée par une collectivité territoriale ou un établissement public au profit d'une autre personne de droit public ? La décentralisation opère un transfert de compétence de l'Etat au profit des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics, et à ce titre, il revient au législateur de définir les modalités d'une telle démarche.

Les collectivités bénéficiaires des ouvrages et terrains remis en jouissance peuvent-elles à leur tour en transférer la gestion à d'autres personnes de droit public sur le fondement de l'article L 2123-3 du Code général de la propriété des personnes publiques ? La généralité des termes de ce texte ne semble pas s'opposer à cette opération, cependant il est inséré dans une section intitulée « *transfert de gestion lié à un changement d'affectation* ». Il convient donc de l'exclure ce fondement pour un transfert sans

⁸⁷ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée.

⁸⁸ A propos de l'extension du port de la Fromentine : CAA Nantes 4 mai 2006 – association de défense des riverains et usagers du littoral de Fromentine – La Barre-de-Monts (ADRULF) – req. n° 00NT02032 ; CE Sect. 20 février 1981 – association pour la protection du site du Vieux-Pornichet et l'amélioration de son port – req. n° 06152. Une circulaire interministérielle (commerce, transports et tourisme) du 12 février 1958 permet le transfert et la superposition de gestion du domaine public maritime naturel.

⁸⁹ CE 6 février 1981 – comité de défense des sites de La Forêt-Fouesnant – req. n° 19333. Toutefois, la jurisprudence n'est pas constante, le juge administratif admet parfois la réalisation de travaux

⁹⁰ Décret n° 2006 - 608 du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage.

⁹¹ Décret n° 2004-308 du 29 mars 2004 relatif aux concessions d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports – JO 30 mars 2004 p. 6078.

changement d'affectation. Il convient d'ajouter que selon l'article L 1321-3 du Code général des collectivités territoriales que « *En cas de désaffectation totale ou partielle des biens mis à disposition en application des articles L 1321-1 et L 1321-2, la collectivité propriétaire recouvre l'ensemble de ses droits et obligations sur les biens désaffectés...* ». C'est ainsi que les communes gestionnaires de ports de plaisance sur le fondement de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 modifiée, dès lors qu'elles n'ont pas demandé ou obtenu le transfert de propriété desdits ports ainsi que le permet la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, ne peuvent pas pratiquer de transfert de gestion emportant changement d'affectation du domaine public.

L'article R 113-22 du Code des ports maritimes permet aux ports maritimes autonomes et aujourd'hui aux grands ports maritimes de pratiquer le transfert de gestion du domaine public que l'Etat leur a remis en jouissance dans les conditions semblables à celles relatives aux biens de l'Etat.

On peut s'interroger sur la possibilité de transférer aux communes la gestion des installations de plaisance situées dans les ports de commerce ou de pêche gérés par d'autres collectivités ou établissements publics. L'article L 2123-2 du code semble offrir une telle possibilité car le texte ne vise pas le changement d'affectation, mais il ne concerne que le domaine de l'Etat, c'est le cas pour les ports maritimes autonomes, les grands ports maritimes et les ports maritimes départementaux et municipaux pour lesquels le transfert de propriété n'a pas été réalisé⁹². De plus, le transfert serait nécessairement limité dans le temps.

Dans quelles conditions le transfert de gestion du domaine public peut-il intervenir ?

LES CONDITIONS DU TRANSFERT DE GESTION

La décision de transfert autoritaire de la gestion du domaine public d'une personne de droit public constitue un acte administratif pouvant le cas échéant prendre la forme d'un arrêté de cessibilité pris sur le fondement de l'article L 11-8 du code de l'expropriation, elle peut contenir certaines prescriptions imposées au nouveau gestionnaire.

Le caractère conditionnel

Il ne suffit pas que la nouvelle affectation du domaine public transféré présente un caractère d'intérêt général, le transfert doit être conditionnel, c'est-à-dire accordé pour un projet ou une activité déterminés⁹³. En tout état de cause, cette dernière doit

⁹² C'est le cas pour les ports pour lesquels le transfert de compétence résulte de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1963 modifiée.

⁹³ CE 8 décembre 1976 – dame X... - req. n° 92170.

respecter le cadre législatif et réglementaire relatif à la réalisation de son objet. Ainsi, pour tout aménagement le long du rivage l'affectation doit respecter les prescriptions relatives au littoral, et notamment l'article L 2124-1 du Code général de la propriété des personnes publiques concernant la prise en compte de la vocation des espaces terrestres avoisinants le domaine public maritime naturel. Si les documents d'urbanisme conditionnent l'utilisation des sols, à l'inverse les modalités d'affectation du domaine public résultant d'un transfert de gestion peuvent également s'imposer aux auteurs des documents d'urbanisme⁹⁴.

Lorsque la décision autorisant le changement d'affectation du domaine public intervient en violation d'une disposition législative ou réglementaire, le transfert de gestion « *ne peut être regardé comme constituant un titre approprié à la nature de l'ouvrage dont l'édification a été autorisée par le permis de construire* », celui-ci est donc illégal⁹⁵. Par ailleurs, si le projet d'aménagement donnant lieu à un transfert de gestion est annulé par le juge administratif, ledit transfert doit l'être par voie de conséquence⁹⁶.

Il a été jugé qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit au propriétaire du domaine public « *de modifier à tout moment l'affectation d'un immeuble... pour un motif tiré de la bonne administration de cet immeuble ou des nécessités d'ordre public* »⁹⁷. Cette prérogative résulte des pouvoirs généraux qui appartiennent à l'administration sur les dépendance du domaine public⁹⁸. Elle subsiste même lorsque le domaine public concerné a fait l'objet d'un transfert de gestion⁹⁹.

S'agissant du changement d'affectation, il importe que la nouvelle destination du domaine public soit compatible avec sa vocation¹⁰⁰, et que la réalisation du projet envisagé relève de la compétence de la personne publique affectataire. Il est possible d'envisager une « gestion conjointe »¹⁰¹ du domaine public, c'est cette démarche qui a été retenue pour l'aménagement du pont reliant l'île de Ré au continent.

La superposition de gestion et le surplomb du domaine public

⁹⁴ CAA Nantes 14 novembre 2006 – Anne-Marie Y... et Michel Z... - req. n° 05NT01540.

⁹⁵ CAA Marseille 3 juin 2004 – ville de Cannes – req. n° 99MA00071.

⁹⁶ CE 13 juin 1997 – Centre d'études, de recherche et d'application des systèmes et techniques écologiquement satisfaisants (Cerastes) req. n° 125177.

⁹⁷ CE 30 octobre 1987 – commune de Levallois-Perret c/ Union des syndicats C.G.T de Levallois-Perret – req. n° 65367, AJDA 1988 p. 43 concl. S. Hubac. Cf. également « Droit administratif des biens » Ph. Godfrin et M. Degoff, p. 59, Sirey Université – 8^{ème} éd. (2007).

⁹⁸ CE 5 mai 1944 – société auxiliaire de l'entreprise – Rec. p. 131 ; CE 26 octobre 1983 – Cormier et Jackman – req. n° 27290.

⁹⁹ CAA Marseille 3 juin 2004 – ville de Cannes – req. n° 99MA00071.

¹⁰⁰ Par exemple, aménagement d'une route sur le domaine public maritime (CE Sect. 7 octobre 1977 – syndicat des paludiers- Rec. p. 380) ; ou d'une ligne de chemin de fer (CE 26 mars 1930 – Verliac – Rec. p. 341)

¹⁰¹ CE Sect. 8 avril 1994 – Département de la Charente-Maritime c/ association des « amis de l'île de Ré » - req. n° 95306, Rec. p. 184.

Lorsque l'affectation ancienne subsiste et qu'une affectation nouvelle vient s'ajouter, on est en présence d'une superposition de gestion du domaine public. Selon l'article L 2123-7 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *Un immeuble dépendant du domaine public en raison de son affectation à un service public ou à l'usage du public peut, quelle que soit la personne publique propriétaire, faire l'objet d'une ou de plusieurs affectations supplémentaires relevant de la domanialité publique dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec ladite affectation. La superposition d'affectations donne lieu à l'établissement d'une convention pour régler les modalités techniques et financières de gestion de cet immeuble, en fonction de la nouvelle affectation* ». Les passages à niveau constituent le principal exemple de superposition de gestion du domaine public¹⁰².

Le cas du surplomb du domaine public par un ouvrage public est plus complexe, ainsi la construction des piles d'un viaduc sur le domaine public portuaire peut donner lieu à un transfert de gestion alors que l'exploitation de l'ouvrage routier ou ferroviaire présente l'aspect d'une superposition d'affectation. Il convient toutefois de souligner qu'en règle générale aucune convention n'est conclue pour l'occupation de ce surplomb du domaine public maritime, fluvial, ferroviaire ou routier par un pont. Le Conseil d'Etat estime que cet ouvrage a le régime juridique de la voie dont il assure la continuité¹⁰³. La Haute Juridiction a considéré que même l'irrégularité de la remise de l'ouvrage n'a pas d'incidence sur sa propriété¹⁰⁴.

La durée et les conditions financières

En aucun cas, le transfert de gestion ne saurait être perpétuel. Le Conseil d'Etat a jugé implicitement qu'une durée de quatre-vingt-dix neuf ans était assimilable à un transfert de propriété déguisé¹⁰⁵, et qu'en l'espèce une concession d'endiguage était nécessaire. Si l'article L 2123-3 du Code général de la propriété des personnes publiques se borne à évoquer que : « *La durée pendant laquelle la gestion de l'immeuble est transférée peut être déterminée dans l'acte* », il y a lieu de prendre en compte la décision¹⁰⁶ du Conseil Constitutionnel selon laquelle la durée cumulée de toute autorisation d'occupation temporaire du domaine public ne saurait dépasser soixante-dix ans.

¹⁰² CE 8 décembre 1950 – compagnie générale des eaux – S. 1951, III, p. 33 note A.P ; CAA Lyon 7 avril 1994 – SNCF – D. 1994, IR, p. 182.

¹⁰³ CE 14 décembre 1906 – préfet de l'Hérault – Rec. p. 948 ; CE 27 mai 1964 – M. Chervet – Rec. p. 300 ; CE 27 janvier 1982 – société Sotracomet – req. n° 10399 ; CE 30 juillet 1997 – Union juridique Rhône-Méditerranée – req. n° 177442 ; CE 26 septembre 2001 – département de la Somme – req. n° 219338, LPA 18 janvier 2002 – n° 14 – p. 14 concl. G. Bachelier.

¹⁰⁴ A propos d'une passerelle piétonne surplombant des voies ferrées (CE 7 juin 1985 – SNCF et ville de Drancy – req. n° 47370 et 47594).

¹⁰⁵ CE 6 février 1981 – Comité de défense des sites de la Forêt-Fouesnant – req. n° 19333, Rec. p. 64.

¹⁰⁶ Cons. Const. Décis. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994.

S'agissant des conditions financières, l'article R 58 du Code du domaine de l'Etat se borne à indiquer qu'en cas de désaccord sur ce point, c'est le ministre du budget qui autorise le transfert. Aucun critère d'indemnisation de la collectivité supportant le transfert de gestion du domaine public n'est prévu par ce texte¹⁰⁷. Le Conseil d'Etat a considéré que « *La mutation domaniale n'emporte pas transfert de propriété et ne donne donc pas lieu à indemnité de dépossession au profit de la collectivité propriétaire... [Celle-ci] aurait cependant droit, dans le cas où l'Etat déciderait de procéder à un transfert de gestion à son profit, à une indemnité compensant le préjudice qu'elle subirait de ce fait, à raison notamment de la perte éventuelle de revenu dont elle pourrait justifier* »¹⁰⁸

A présent, l'article L 2123-6 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que : « *Le transfert de gestion prévu aux articles L 2123-3 à L 2123-5 donne lieu à indemnisation à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter pour la personne dessaisie. Lorsqu'il découle d'un arrêté de cessibilité pris au profit du bénéficiaire d'un acte déclaratif d'utilité publique, l'indemnisation, fixée en cas de désaccord par le juge de l'expropriation, couvre la réparation du préjudice éventuellement subi par le propriétaire* ». En tout état de cause, la collectivité territoriale supportant le transfert de gestion ne saurait fonder une demande d'indemnité sur l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui, selon le Conseil d'Etat ne crée pas de droits dont les collectivités territoriales peuvent se prévaloir¹⁰⁹.

La protection juridique du domaine public transféré

Enfin, il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si compte tenu de sa nouvelle affectation, le domaine public transféré bénéficie toujours de la même protection juridique qu'auparavant ? Si l'existence d'une convention de transfert de gestion ne suffit pas à établir l'appartenance d'une parcelle au domaine public¹¹⁰, en l'absence de contestation sur ce point, dès lors qu'aucune procédure de déclassement n'est intervenue, le régime juridique du terrain d'assiette subsiste. Ainsi que l'a jugé¹¹¹ la Cour administrative d'appel de Bordeaux, l'existence d'un transfert de gestion conclu entre l'Etat et une commune n'enlève pas à l'Etat la compétence qu'il détient au titre de la police de la conservation du domaine public maritime, c'est-à-dire la police de la grande voirie. Toutefois, il serait logique de considérer que les ouvrages réalisés par le bénéficiaire du transfert de gestion et dont l'affectation est distincte de la destination

¹⁰⁷ « L'indépassable théorie des mutations domaniales » B. Tardivel – AJDA 2003 p. 1209.

¹⁰⁸ Avis (sect. Intr.) du Conseil d'Etat n° 371 615 du 26 juillet 2005 – Rapport public 2006 du Conseil d'Etat p. 193, La documentation française (2006).

¹⁰⁹ CE 23 mai 2007 – département des Landes – req. n° 288378 ; Avis (sect. Intr.) du Conseil d'Etat n° 371 615 du 26 juillet 2005 – Rapport public 2006 du Conseil d'Etat p. 193, La documentation française (2006).

¹¹⁰ CAA Paris 7 juillet 1982 – M. X... - req. n° 90PA00837.

¹¹¹ CAA Bordeaux 31 décembre 2007 – Germain X... - req. n° 05BX02127.

initiale du domaine public, ne bénéficient pas de cette protection particulière. C'est ainsi que dans le port de Dunkerque, un restaurant et une bibliothèque universitaires ont été construits sous le régime du transfert de gestion, il n'est pas envisageable que ces ouvrages soient protégés par les dispositions du livre III du Code des ports maritimes concernant la protection du domaine public portuaire.

Conclusion :

Malgré la possibilité offerte par le Code général de la propriété des personnes publiques de vendre ou d'échanger, entre personnes de droit public, des biens faisant partie du domaine public, le transfert et la superposition de gestion demeurent des régimes juridiques présentant un réel intérêt. Il s'agit de procédures simples et rapides à mettre en oeuvre. Elles n'entraînent pas la perte de propriété du domaine public et permettent de réaliser dans les meilleurs délais des aménagements publics.

LA VALORISATION DES PATRIMOINES MOYEN D'ACTION DES COLLECTIVITÉS

L'UTILISATION DU PATRIMOINE À DES FINS SOCIALES

L'ACCESSION À LA PROPRIÉTÉ ET LES CLAUSES ANTI-SPÉCULATIVES

Cyrille LELONG
notaire

Qu'entend-on par clauses anti-spéculatives ? Pour mieux la définir, voici un exemple. Une commune désire revitaliser son centre urbain avec une population de jeunes couples. Mais les prix sont trop élevés pour que ces couples puissent accéder à la propriété. La commune se propose alors de vendre à ces jeunes couples moyennant un prix de 50 alors que la valeur du bien est de 100. La situation, qui pourrait arriver, est que ce couple revende son bien le lendemain à la valeur 100 et engrange la différence. La clause anti-spéculative est là pour éviter cette plus-value sur des fonds publics par des particuliers.

Cet exemple met en évidence deux points. Cet avantage est réservé à une certaine catégorie de personnes. L'aide accordée ne pourra pas bénéficier à tous. Il n'y a aucune raison que la collectivité aide les personnes qui ont la capacité d'acquérir. Ensuite, cette aide comporte une contrainte, pour que l'aide publique ne soit pas détournée de sa vocation initiale.

La rédaction des clauses comprendra, elle aussi deux parties : d'abord une justification pour expliquer l'avantage accordé, dans quel cadre et ensuite la typologie de la clause elle-même.

Conditions de validité des clauses anti-spéculatives

Quels sont les conditions de validité des clauses anti-spéculatives et les conditions de validité du contrat lui-même ? Cette vente génère un avantage à une catégorie de personnes. Cet avantage pose-t-il un problème de discrimination ? Dans le cadre d'une collectivité, il faut respecter le principe de traitement des citoyens, alors que ce type de contrat nous amène à le rompre. La clause anti-spéculative est une clause contraignante qui porte atteinte au droit de propriété dans le droit civil. Enfin cette aide doit-être réelle et limitée dans le temps.

La discrimination

La discrimination est le fait de traiter différemment des personnes placées dans une situation comparable en se fondant sur des critères prohibés par la loi. Dans la rédaction de la clause, la catégorie des personnes qui peuvent être amenées à profiter de ces avantages doit rester assez large. Une définition large des bénéficiaires préserve une plus grande liberté de choix : volonté de favoriser l'accès à des personnes à revenu modeste. L'optique reste assez large et permet de limiter le contentieux. A titre de comparaison, la Haute Autorité contre les discriminations pour l'égalité a été amenée à se prononcer dans le cadre d'attribution de logements sociaux, une collectivité avait posé une condition de résidence préalable sur la commune. Par délibération du 12 mars 2007 la Haute Autorité a précisé que cette exigence n'était pas une discrimination prohibée. Toutefois, ce critère a été annulé sur un autre fondement du Code de la construction. Il convient donc d'être vigilant pour sécuriser la rédaction de cette clause.

L'égalité de traitement des citoyens

Ce principe a été réaffirmé à de nombreuses reprises par la jurisprudence. Dans une réponse ministérielle du 9 mars 1998 de M. Guédon à la question de savoir si une collectivité pouvait fixer des barèmes de prix en fonction de l'âge de l'acquéreur et en fonction du caractère principale ou secondaire de la résidence, cette pratique a été jugée illégale. Cet avantage ne reposait en effet sur aucune contrepartie. Sur le principe des aides indirectes, arrêt CE 1997, commune de Fougerolles : « pour autant qu'elle soient justifiées par des intérêts généraux et comportent des contreparties suffisantes ». Reprenons notre exemple, le motif d'intérêt général serait celui de redynamiser un centre ville, la contrepartie serait la contrainte, la clause anti-spéculative.

Concernant l'intérêt général, la Cour d'appel de Nantes, deux arrêts du 30 juin 2000, préfet de Vendée, sur les délibérations des conseils municipaux qui avaient fait l'objet d'un recours par le préfet, les communes avaient accordé des avantages en vue de revitaliser le centre bourg d'une part, et d'autre part la revitalisation de la commune par une augmentation et un rajeunissement de la population sédentaire. Dans ces deux cas, la Cour d'appel a jugé que les motifs étaient suffisants pour préserver à l'intérêt général et déroger au principe d'égalité de traitement. Il convient d'être vigilant dès la rédaction de la délibération du conseil municipal où ces éléments doivent apparaître. Le rédacteur de la clause reprendra ensuite ces motivations.

La restriction du droit de propriété

Il s'agit ici d'un aspect de droit privé, parce que cette clause porte atteinte au droit de propriété : l'article 544 du Code civil dispose que « la propriété est le droit de jouir, de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu que l'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements ». Ce droit de propriété a valeur constitutionnelle puisqu'il a été reconnu par le Conseil constitutionnel comme droit fondamental.

Dans quelle mesure peut-on déroger à ce principe de liberté de jouissance de la propriété ? Une jurisprudence a reconnu ces clauses de restriction des droits de propriété pourvu qu'elles soient temporaires et inspirée par un motif sérieux et légitime.

Dans une clause il faut éviter d'être trop contraignant car chercher à tout interdire est source de contentieux.

L'aide accordée à l'acquéreur doit être réelle

Avec la hausse des prix au cours des dernières années, certaines collectivités constatant une évolution de leur population ont voulu bloquer les prix, sans apporter de contrepartie. Si les prix sont bloqués avec interdiction de revendre ou si en cas de revente la plus-value doit obligatoirement revenir à la collectivité, l'absence de contrepartie expose la collectivité à la nullité de la vente et au paiement de dommages et intérêts. La contrepartie est impérative, elle doit être indiquée et quantifiée dans le contrat. Cette spécification permettra la restitution de l'avantage au cas où l'acquéreur serait amené à revendre et à faire une plus-value. Cette aide doit donc être évaluée. France domaine peut évaluer le bien, les services fiscaux peuvent également émettre un avis, annexé à la délibération du conseil municipal, il justifiera de la différence de prix et solidifiera le dossier en cas de contestation ultérieure.

La clause doit être limitée dans le temps

Toute clause perpétuelle risque d'être annulée, elle doit donc être limitée dans le temps. La loi ENL a retenu un délai de cinq ans dans une clause anti-spéculative dans le cas de vente de logements sociaux. Un délai de cinq à dix ans apparaît donc raisonnable. Avec un cycle de dix ans, le délai est suffisamment long pour mesurer l'impact de l'avantage consenti.

Ces cinq points doivent être repris dans les motivations de la délibération pour sécuriser le contrat de vente et la clause.

Typologie des clauses anti-spéculatives

Deux catégories de clauses existent : les clauses implicites et les clauses explicites. Mais avant je voudrais aborder deux points : les réalités économiques de la vente immobilière et la vente par la collectivité à un promoteur qui va revendre par la suite.

La réalité économique

Tout en gardant à l'esprit que la vente constitue un avantage, la contrainte ne doit pas être disproportionnée. D'une part, pour ne pas effrayer les acquéreurs potentiels qui ne comprendraient pas le mécanisme et craignant de se retrouver dans un système trop verrouillé, ne voudraient pas acheter. D'autre part, les acquéreurs ont besoin d'emprunter et la banque doit pouvoir comprendre. Si les clauses sont exorbitantes du droit commun, la banque ne voudra pas prêter, car pour elle, l'immeuble constitue le gage, sans gage, elle n'accordera pas de prêt. Enfin, les clauses trop contraignantes favorisent le contentieux. Peu de décisions de justice existent encore à ce sujet. Il convient que les clauses soient simples, précises et efficaces.

La vente par la collectivité à un promoteur

L'objectif, lorsque le promoteur va revendre à des sous-acquéreurs, est que ce soit eux qui bénéficient de l'aide. Le vendeur de terrain ou la collectivité vend un terrain à un promoteur à

un prix diminué, et celui-ci doit s'engager à revendre à un prix diminué. La difficulté c'est qu'il n'est pas possible d'imposer à quelqu'un de revendre à un prix donné ce qui serait contraire aux dispositions de la liberté du commerce. Il est illégal d'imposer des prix de revente. Le moyen est de vendre à un prix avec un complément de prix déterminé par rapport au chiffre d'affaires réalisé. Si, par exemple, la collectivité désire que les appartements soient revendus à 3 000 euros du mètre carré, le complément de prix sera la différence entre 3 000 euros et la somme réellement vendue. Etant donné qu'au-dessus de 3 000 euros le promoteur ne fera pas de bénéfice, il n'aura aucun intérêt à revendre à plus de 3 000 euros. Il ne faut pas indiquer 100% du prix, ce qui reviendrait à imposer le prix de vente mais en indiquant 70% à 80% du complément de prix au-delà du prix désiré comme prix de revente le promoteur n'aura aucun intérêt à revendre plus cher car sa marge sera alors minime et il préférera vendre plus rapidement ses logements pour valider son opération. Pour imposer à un sous-acquéreur il faut mettre en place le mécanisme de la stipulation pour autrui qui doit être accepté par le tiers bénéficiaire qui est la commune pour l'imposer aux sous-acquéreurs qui eux-mêmes l'imposeront à leurs sous-acquéreurs pendant la durée de la clause. Si un troisième sous-acquéreur générerait une plus-value, la clause prévoit la restitution de l'avantage à la collectivité.

Les clauses implicites

• au niveau du financement

Un avantage est accordé à une catégorie de personnes qui doivent s'engager à respecter les dispositions du contrat. Cette disposition peut être de pouvoir bénéficier d'un prêt à taux zéro, dans un but social pour des personnes à revenu modeste, primo accédant, ou certains prêts aidés qui ont eux-mêmes des contraintes. En utilisant les contrats de prêts aidés, la contrepartie existe déjà. Le prêt à taux zéro est attribué pour une résidence principale pour une durée de huit ans, si ce prêt n'est pas utilisé pour la résidence principale durant une durée de huit ans, non seulement l'aide doit être restituée mais aussi des pénalités. En utilisant des outils légaux, comme les prêts aidés le contrat est déjà sécurisé (résidence principale, délais) et les sanctions sont prévues par la loi.

• Au niveau de la nature du contrat

Les élus cherchent à favoriser la politique d'accès à la propriété. Le principe de la maison à 15 euros par exemple, relayé par les médias, repose sur bail à construction. L'acquéreur rembourse la construction pendant un certain délai, ensuite il achète le terrain et il n'est vraiment propriétaire qu'à l'issue de ces deux périodes. Pendant la première période le bien est cessible, mais n'est pas très attrayant. C'est un frein à la revente éventuelle. Souvent les acquéreurs ne peuvent revendre qu'au terme du financement complet. C'est une façon indirecte de maintenir les acquéreurs sans qu'ils puissent revendre et engrangé les avantages accordés.

Clauses explicites

• Résultant de la loi

Le mécanisme de la clause anti-spéculative a été traité par le législateur, une loi 10 juillet 1965 sur la vente de logements sociaux, qui prévoyait déjà le rachat préférentiel pendant une période de dix ans avec un engagement de résidence principale. Les contrevenants pouvaient même être punis d'un emprisonnement de 2 à 6 mois.

Aujourd'hui avec la loi Engagement national pour le logement (ENL) avec l'article L 443-12-1 du Code de la construction permet aux organismes HLM de vendre à des prix inférieurs à la valeur des domaines en contrepartie durant un délai de cinq ans, l'acquéreur est obligé de verser à l'organisme HLM une partie de l'aide perçue. En cas de non-respect le contrat est annulé.

• A titre conventionnel

Pour les collectivités locales ou les SEM, ces clauses anti-spéculatives peuvent être mises en place à titre conventionnel. Elles doivent d'abord prévoir que l'acquisition est faite à titre de résidence principale, d'éventuelles dérogations en cas de force majeure ou d'événement à caractère familial ou professionnel peuvent être envisagées. Mais la notion de résidence principale évite de contracter avec des investisseurs qui loueraient avec une bonne rentabilité alors que l'aide initiale est une aide publique. La garantie de l'engagement de résidence principale peut se faire sous forme de clauses pénales, qui sont parfois lourdes à recouvrir, mais qui sont de nature à décourager l'acquéreur de louer le bien alors qu'il l'avait acheté comme résidence principale.

Au niveau de la revente, certains auteurs ont évoqué la vente à réméré ou le droit de préemption conventionnelle. Pour la vente à réméré, le vendeur vend mais pendant cinq ans il se réserve la faculté de racheter s'il le souhaite au prix de l'acquisition majoré des frais. Cependant ce type de vente pose le problème du financement car les banques n'accorderont pas de prêt si le vendeur peut reprendre le bien. Dans l'hypothèse du droit de préemption conventionnelle, l'acquéreur revend et la collectivité qui dispose alors d'un droit de préemption. La collectivité qui a vendu des logements ne le fait pas dans le but de les racheter, ensuite, elle ne dispose pas forcément des liquidités correspondantes, enfin à titre conventionnel on peut difficilement imposer un prix de vente.

A titre conventionnel, je recommanderai plutôt une transposition de ce qui existe pour les logements sociaux. Mettre le montant de l'aide dans le contrat. L'acquéreur bénéficie, par exemple, d'une aide de 200 euros au mètre carré. Ce montant est prélevé de son éventuelle plus-value, en cas de revente. Cette clause sera publiée au bureau des hypothèques pour la rendre opposable. Le notaire en charge de la rédaction veillera à la sécurité du contrat. Il ne souhaitera donc pas passer outre l'application de la clause. Au niveau de la sanction du non-respect, il convient d'indiquer que la collectivité se réserve la faculté de demander la nullité du contrat conclu en dépit de la clause. En cas de refus du vendeur d'appliquer cette clause, le notaire aura intérêt à séquestrer la somme due à la collectivité en attendant une décision de justice.

Conclusion

A titre de retour d'expérience, dans le cas d'un promoteur qui a revendu par la suite, les acquéreurs ont été compréhensifs car les explications étaient bien détaillées. Il n'y a pas eu de contestation, l'exposé des motivations étant bien détaillé.

Dans un autre type de contrat de location-accession mis en place dans les années 70, les acquéreurs sont restés dans les lieux le temps de rembourser les prêts accordés et les transferts de propriété ont eu lieu souvent par les héritiers des acquéreurs d'origine dans le cadre du règlement de la succession, soit après l'expiration du contrat de location accession.

**LA VALORISATION DES PATRIMOINES
MOYEN D'ACTION DES COLLECTIVITÉS**

L'UTILISATION DU PATRIMOINE À DES FINS SOCIALES

**LE NOUVEAU DROIT DE PRÉEMPTION DES COMMUNES
SUR LES CESSIONS COMMERCIALES**

Cyril SABATIÉ
avocat à la Cour

Le mécanisme de préemption commerciale est la résultante d'un dispositif législatif et réglementaire assez laborieux. Il est né par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME, pris en son article 58 (articles L.214-1 à L.214-3 du Code de l'urbanisme et L.145-2, II in fine du code de commerce). Le décret d'application n'est sorti que deux ans et demi après, Décret n° 2007-1827 du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux, ensuite un Arrêté du 29 février 2008 relatif à la déclaration préalable à la cession de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux et modifiant le code de l'urbanisme. Après cela le législateur s'est rendu compte que le dispositif n'était pas assez complet, et par la Loi n° 2008-276 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite LME (article 101) la possibilité a été ouverte aux communes de préempter des terrains destinés à porter des surfaces commerciales entre 300 et 1 000 mètres carrés.

Mon intervention se déroulera en trois parties : le périmètre du nouveau droit de préemption, le droit de préemption et les modalités d'exercice par les communes, enfin la rétrocession du bien préempté. Pour ceux qui pratiquent déjà le droit de préemption urbain (DPU), le droit de préemption des communes sur les cessions commerciales peut y ressembler sous certains aspects mais est finalement assez différent, il relève plus du droit privé que du droit public notamment par l'application des règles qui renvoient au Code du commerce.

LE PÉRIMÈTRE DE CE NOUVEAU DROIT DE PRÉEMPTION

Consultation obligatoire de la chambre de commerce et de la chambre des métiers

Le dispositif a été institué « pour sauvegarder le tissu artisanal et commercial des centres urbains et éviter la mono activité ». Cette vertu intéressante a conduit à ce processus législatif pour protéger d'une part l'intérêt des communes et d'autre part la partie commerciale. C'est pourquoi, la commune doit délimiter le périmètre par une délibération motivée du conseil municipal et que la consultation de la chambre de commerce et de la chambre des métiers est obligatoire. Certaines communes ont instauré ce périmètre avant l'entrée en vigueur du décret puisque la loi du 2 août 2005 était dite d'application immédiate. Pour celles-ci, il est nécessaire de prendre une nouvelle délibération pour être en conformité avec le décret. Le périmètre n'est pas remis en cause, mais il convient d'en mettre les modalités en conformité avec le texte. Ce périmètre doit être transmis en tant que projet pour avis aux chambres de commerce et aux chambres des métiers. Il doit être accompagné d'un projet de plan délimitant le périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et d'un rapport analysant la situation du commerce et de l'artisanat à l'intérieur de ce périmètre et enfin un nouveau document exposant les menaces pesant sur l'activité commerciale et artisanale. Ce dernier risque de provoquer du contentieux s'il n'est pas assez précis et en même temps les textes sont tellement généraux qu'ils ouvrent droit à des contestations. Ces documents transmis aux chambres obligent par ailleurs à une motivation objective du périmètre qui sera examinée par le juge si on lui soumet ce contentieux. Le texte ne dit pas ce qu'il advient de ce projet si les chambres ne se prononcent pas, de même si elles donnent un avis contraire. Cet avis n'est pas érigé, a priori, comme une condition de validité du périmètre. En revanche une réponse ministérielle incite fermement les communes à prendre en compte les observations des chambres collégiales dans la mesure où elles sont considérées comme des experts du commerce local. Un cédant préempté pourrait, devant un juge civil, se servir de ces éléments pour contester la décision de préemption.

Mesures de publicité et d'information

Deux séries de formalité sont à respecter : une délibération du conseil municipal affichée en mairie pendant un mois et un avis mentionnant la teneur de la délibération devra être inséré dans deux journaux diffusés dans le département. L'efficacité de la décision du conseil municipal est retardée à la plus ancienne de ces deux dates de mesure d'information.

La seule difficulté de la mise en place de ce périmètre est plutôt de caractère géographique : déterminer un périmètre trop large, selon les premiers éléments en doctrine, ne serait pas assez objectif et pourrait être sujet à contestation.

L'EXERCICE DU DROIT DE PRÉEMPTION

Cet exercice a été défini par le décret n° 2007-1827 du 26 décembre 2007 codifié par les articles 214-3 à 10 du Code de l'urbanisme.

Champ d'application du droit de préemption

Objet du droit de préemption

Jusqu'à la loi LME, il s'agissait de cession de fonds de commerce, de droit au bail ou de fonds artisanaux, nous ne disposons pas de définition, même en droit privé : il comprend un transfert de clientèle ou d'activité commerciale. La loi LME a rajouté les terrains portant ou destinés à porter des surfaces commerciales comprises entre 300 et 1 000 mètres carrés. Le texte n'est pas très précis, notamment sur les terrains en vente en l'état de futur achèvement (VEFA) ou portant des constructions mixtes, comme un immeuble de cinq étages avec en pied d'immeuble un commerce de plus de 300 mètres carrés et inférieur à 1000 mètres carrés. Dans le cadre de la VEFA, la vente est-elle contrainte à ce droit de préemption sur les cessions commerciales qui peut se cumuler avec le droit de préemption urbain car les périmètres peuvent être concurrent ? Le notaire a donc cette double obligation de purger ces deux droits de préemption. En sachant que le formulaire de déclaration — équivalant de la déclaration d'intention d'aliéner (DIA) — n'est pas adapté aux terrains qui ne figurent pas parce que ce formulaire a été érigé avant la loi LME. Les motivations éventuelles de la préemption devront être rédigées avec soin car dans un cas le délai de rétrocession est d'un an et dans l'autre de cinq ans.

Opérations visées et exclues

Le droit de préemption ne s'appliquera pas aux cessions isolées qui ont pour effet de ne pas transférer de clientèle et qui échappent à la cession de fonds de commerce. La tendance actuelle est plutôt de céder un droit au bail, de le résilier amiablement et d'en conclure un nouveau. Dans le cadre de la loi LME, a été prévue, sur option, l'extension des baux commerciaux aux professions libérales, il serait donc possible de préempter un fonds civil soumis au statut des baux commerciaux, mais ce cas n'a pas été indiqué par le législateur. Dans une zone rurale, qui subit une désertification médicale, il pourrait être possible, me semble-t-il, de garder un médecin dans un périmètre sauvegardé, si le médecin a opté pour le statut des baux commerciaux.

Le droit de préemption ne s'exerce que sur les cessions à titre onéreux. Les successions, donations, legs et les locations gérance n'y sont pas soumis.

Dans le cas des procédures collectives, il existe également un schéma dérogatoire, les ventes judiciaires ont une procédure avec des délais différents mais le droit de préemption s'applique. Les contrats d'échange, les datations en paiement, les ventes avec constitution de rente viagère, les apports en société, les fusions, scissions, cessions partielles d'actif dès lors qu'ils portent sur des fonds pourraient être soumis au droit de préemption commerciale également.

La procédure de préemption

La déclaration du cédant

Une formalité prescrite à peine de nullité de cinq ans, équivalent de la DIA, la déclaration de cession. Elle doit être faite par le cédant. L'action en nullité si cette déclaration n'a pas été

faite doit être portée devant le tribunal de Grande Instance du lieu de situation du fonds ou du terrain cédé. Il ne s'agit donc pas de juridiction administrative mais civile. Dans les faits la déclaration est effectuée par le mandataire chargé de la cession, l'agent immobilier ou le notaire le plus souvent.

Les prérogatives du titulaire du droit de préemption

Le titulaire du droit de préemption, la commune agit sur délibération du conseil municipal. Le CGCT permet de déléguer au maire l'exercice du droit de préemption sur délibération motivée. A réception de la déclaration de cession, la commune a un délai de deux mois pour choisir l'une des trois options qui lui est offerte. Si elle ne s'est pas prononcée dans ce délai elle est considéré comme ayant renoncé à ce droit de préemption. La commune peut donc

- Ne pas préempter ou renoncer à l'exercice du droit de préemption.
- Préempter mais contester ou le prix ou les conditions figurant dans la déclaration. Seul le titulaire du droit de préemption peut saisir le juge de l'expropriation. La saisine du juge doit également intervenir dans un délai de deux mois qui suit la notification de la déclaration.
- Renonciation implicite ou express à la préemption ou en cours de procédure lorsque le juge a été saisi, ou dans le silence.

Certaines communes pour éviter de voir se multiplier les agences immobilières ou bancaires ont systématiquement préempté, systématiquement contesté les conditions et se retirent ensuite des opérations de préemption, ce qui peut provoquer des contentieux pour usage abusif du droit de préemption.

L'acte qui constate la cession et le paiement du prix doit être effectué dans un délai de trois mois. Mais le texte n'indique rien si l'acte de cession n'est pas rédigé dans les trois mois. Dans ce texte, le parcours est balisé, mais les refus, les délais non respecté ne sont pas pris en compte. A trois mois et un jour, le cédant peut mettre la commune en demeure de rédiger cet acte.

RÉTROCESSION DU BIEN PRÉEMPTÉ

La rétrocession qui fait uniquement appel au droit privé est plus souvent source de complication pour les communes. La commune n'a pas vocation à exploiter le fonds, le bail commercial ou le terrain qu'elle a préempté. Cette propriété n'est destinée qu'à être temporaire. Le transfert de propriété accompli à son profit, elle devra retrouver un repreneur et l'article L214-2 impose que la rétrocession intervienne dans un délai d'un an à compter de la prise d'effet de la cession. En matière commerciale, ce délai est court. Si la commune n'arrive pas à trouver un repreneur dans le délai imparti, des difficultés peuvent apparaître.

Un processus a été élaboré sur la rétrocession, comment retrouver un repreneur... L'article L214-2 indique que la rétrocession ne peut intervenir qu'au bénéfice d'une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. Un projet avec création de facto d'une entreprise ne peut donc pas être mis en place ou alors dans des délais très rapides. Il vaut mieux favoriser une entreprise existante ou naissante.

Deux formalités sont impératives pour permettre cette rétrocession : établir un cahier des charges de rétrocession, faire un appel à candidature. Ces obligations permettent d'éviter un certain nombre d'abus dans les rétrocessions. Le décret indique que le cahier des charges doit comporter des clauses permettant d'assurer le respect des objectifs de diversité de l'action commerciale ou artisanale. Ce cahier des charges doit être adopté par une délibération du conseil municipal. Jusqu'à présent les préemptions se souciaient peu de rétrocessions, les projets de rédaction sont donc assez récents. L'affichage de l'avis de rétrocession est obligatoire. La délibération du conseil municipal avec la motivation de la rétrocession à la société X plutôt qu'à la société Y. L'opération pour le maire d'informer les administrés sur une période de quinze jours.

Pour la cession du droit au bail, il existe également une procédure face au bailleur qui devra donner son accord, et s'il s'y oppose, lui a l'obligation de saisir le tribunal de Grande Instance du lieu de situation du local commercial pour faire valider son opposition à cette cession.

Si la commune ne trouve pas de repreneur, elle a un droit de retour avec de grandes difficultés en termes de responsabilité, car un fond de commerce inexploité pendant un an perd toute sa valeur. On peut également s'interroger sur le sort des salariés, notamment l'application de l'article L122-12 recodifié.

Je termine sur des interrogations, mais je pourrais en développer beaucoup d'autres.

LA VALORISATION DES PATRIMOINES MOYEN D'ACTION DES COLLECTIVITÉS

L'UTILISATION DU PATRIMOINE À DES FINS SOCIALES

LA SEM AU SOUTIEN DE LA POLITIQUE DU LOGEMENT

Eric LEDOUX

**Responsable du département immobilier,
Fédération des entreprises publiques locale**

Pour valoriser le patrimoine des collectivités territoriales, les SEM peuvent avoir plusieurs champs d'intervention. Celui de gérer le patrimoine de logements des collectivités territoriales est l'un d'entre eux : gestion des contrats, état des lieux d'entrée, traitement des réclamations, l'entretien du patrimoine. Mais aussi l'immobilier scolaire, de nombreuses SEM interviennent sur la construction, la maintenance ou l'amélioration de collèges et lycées. Certaines SEM s'occupent également de l'immobilier de bureau. Dans le cadre d'externalisation du patrimoine immobilier, les entreprises ne cherchent plus à être propriétaire, mais préfèrent louer les bureaux dans lesquels elles exercent leur activité ce qui leur permet de se recentrer sur leur métier de base. Ce mouvement qui a d'abord touché les entreprises privées, s'est étendu aux établissements publics. La Poste notamment a externalisé son immobilier, ce qui lui a procuré des gains financiers, une meilleure occupation des locaux et une rationalisation de leur gestion. Ce mouvement touchera les collectivités territoriales, y compris leur patrimoine direct. Une SEM pourra les prendre en gestion tant en maintenance qu'en construction.

Les SEM immobilières participent d'une façon générale à la mise en œuvre des politiques de l'habitat des collectivités territoriales, logement social ou intervention sur le parc privé et notamment sur les copropriétés dégradées. La SEM contribue au développement et à la valorisation d'un territoire. Leur principal atout est d'apporter une réponse globale adaptée aux enjeux auxquels elles sont confrontées. Elles ont la possibilité d'associer du locatif social, de l'accession aidée, du logement intermédiaire, de l'immobilier d'entreprise, des

équipements publics, de l'aménagement, etc. Leur domaine d'intervention ne se limite pas au logement social et peut s'adapter pour traiter un quartier selon le souhait des élus et les spécificités de ce quartier. Les SEM immobilières ont un savoir-faire reconnu. Les premières SEM de logement ont été créées entre les deux guerres. Elles gèrent aujourd'hui 480 000 logements, dont 330 000 logements locatifs sociaux. En 2007 elles ont mis 12 000 logements en chantier, pour l'essentiel des logements sociaux, mais pas uniquement.

Une SEM c'est l'efficacité de l'entreprise au service de l'intérêt général, sous le contrôle des élus locaux. Sociétés commerciales, elles utilisent la comptabilité privée et le droit du travail privé. Au service des collectivités locales, elles leur permettent d'avoir un partenariat durable — dans le cadre d'un partenariat public privé institutionnel par opposition à partenariat public privé contractuel — avec l'apport de capitaux et de compétences extérieures, sous le contrôle d'un conseil d'administration dont elles sont membres. Les SEM s'adaptent à l'évolution des compétences des collectivités locales. Dans les structures intercommunales, lorsqu'il y a un transfert de compétence, si l'intégralité de l'objet social de la SEM fait l'objet d'une compétence transférée la commune ne peut plus exercer la compétence transférée et devrait donc se retirer du capital de la SEM au profit de l'intercommunalité. Par exemple, si le stationnement, compétence communale est transféré au niveau de l'intercommunalité, si la ville avait créé une SEM pour gérer ses parkings, lors du transfert de compétence, elle ne peut plus rester actionnaire de la SEM. Toutefois, si l'enjeu est important pour la ville, une disposition d'une loi de 2002 sur les SEM prévoit que la collectivité locale peut rester actionnaire de la SEM, sous réserve qu'elle cède les deux tiers des actions qu'elle détenait à l'intercommunalité. Si l'objet social de la SEM est plus large que le champ de compétence transféré, la commune a toujours vocation à rester dans le capital de la SEM. Dans ce cas, l'intercommunalité doit également entrer au capital sinon la SEM ne pourrait plus intervenir dans le champ des compétences transférées. Aucune disposition législative n'oblige la commune à céder une part de son capital dans la SEM, la participation de l'intercommunalité doit alors se faire soit sous forme d'augmentation de capital, soit sous forme d'une cession de parts amiable.

Dans une SEM, le pouvoir appartient aux élus, ils sont administrateurs et majoritaires dans le conseil d'administration, ils donnent les orientations stratégiques qui déterminent la gouvernance. L'élu peut être président du conseil d'administration avec un directeur général qui est l'exécutif de la société, mais il peut aussi faire le choix d'être président et directeur général et de s'impliquer dans la gestion quotidienne de la société. La collectivité locale contrôle parfaitement la SEM car chaque année un rapport des représentants de la collectivité locale au sein du conseil d'administration de la SEM doit être présenté devant l'assemblée délibérante et faire l'objet d'une délibération, avec un débat sur la situation économique de la SEM, sur ses apports au développement du territoire et lui fixer des orientations pour l'avenir. La SEM est une solution souple, qui évolue avec les besoins de la collectivité locale. Le patrimoine géré par une SEM peut aller des logements étudiants, à ceux pour personnes âgées. Leur objet social n'est pas limité au logement social, leur métier de base, mais elles ont de fortes capacités de diversification et d'évolution. Certaines SEM, soit seules, soit en association avec le secteur privé font de la promotion classique pour répondre aux besoins de

certaines territoires. Lorsque ces opérations de promotion dégagent des plus-values, la SEM peut les réinvestir dans des opérations de logement aidé.

Une SEM est simple à créer au niveau juridique. Toutefois, dans notre service d'appui à la création de SEM nous indiquons qu'une SEM doit être économiquement viable avec des recettes lui permettant de faire face à ses charges. Le compte d'exploitation prévisionnel est une démarche préalable indispensable. La SEM réunit les atouts de l'entreprise avec les valeurs du service public au service de l'intérêt général dans le souci de la cohésion sociale avec une vision à long terme.

Questions-réponses concernant les SEM

1) Peut-on être actionnaire d'une SEM et travailler pour la SEM ou la collectivité locale ?

Un article de la loi de 2002 sur les sem précise:

« Lorsqu'un appel d'offres est lancé par une SEM locale, les entreprises présentant une candidature ou une offre ne peuvent être exclues du seul fait qu'elles sont actionnaires de la SEM, sauf si le règlement de la consultation le prévoit expressément. » Il convient, bien entendu de respecter certains principes de prudence : l'entreprise ne devra pas faire partie de la commission d'appel d'offres.

2) Les SEM sont-elles autant dirigés par des élus de droite que de gauche ?

Oui. Et même au sein de la fédération des entreprises publiques, tous les trois ans pour respecter l'équilibre des SEM, la couleur politique du président change, nous avons auparavant un président UMP, depuis le dernier congrès, le président est communiste, ensuite ce sera un président centriste, puis socialiste. Le président est entouré de quatre vice-présidents qui ont un rôle important dont un socialiste, un centriste, un UMP et un communiste.

3) Les SEM sont-elles les entreprises les plus contrôlées de France ?

Elles sont certainement les plus contrôlables car elles cumulent les contrôles publics par les chambres régionales des comptes, la mission interministérielle d'inspection du logement social, le contrôle de l'actionnaire public et les contrôles privés, outre le contrôle de l'actionnaire privé, ceux du commissariat aux comptes, de l'Urssaf, et le contrôle fiscal.

4) L'actionnariat privé est-il réel dans le capital des SEM ?

Dans le capital des SEM, la part des collectivités locales doit être entre 50% et 85%. Aujourd'hui il est détenu à 65% par les collectivités locales, 20% par des entreprises ou organismes publics, 15% par les entreprises ou banques privées.

5) Les SEM interviennent-elles dans un cadre concurrentiel ?

Les relations contractuelles entre les Sem et les collectivités locales, notamment (prestations de service, mandats, délégations de service public, concessions d'aménagement) ont progressivement été soumises à des obligations de mise en concurrence.

6) Les SEM sont-elles une exception franco-française ?

Il existe 16 000 entreprises locales en Europe avec un million de salariés, réparties dans tous les pays de la communauté, on en compte 1 100 en France avec 54 000 salariés.

7) Les SEM sont-elles soumises au Code des marchés publics ?

Uniquement dans le cadre de leurs relations contractuelles, notamment lorsqu'elles interviennent sous forme de prestations de service ou de mandat pour les collectivités locales ; mais pour les contrats conclus pour leur propre compte, elles n'y sont pas soumises. Elles doivent respecter des principes de publicité et de mise en concurrence qui proviennent des directives européennes qui ont la même philosophie que le Code des marchés publics mais les contrats restent privés et les dispositions plus souples.

8) En quoi les SEM se distinguent-elles des régies ou des établissements publics ?

Elles sont sous le régime privé en termes de gestion du personnel, elles ont des partenaires privés, leur statut est celui des sociétés anonymes. Contrairement aux établissements publics, elles ne sont pas soumises au principe de spécialité, elles peuvent se diversifier dans des activités complémentaires : soit en diversifiant leur objet social, soit en filialisant une partie de leurs activités.

9) Le personnel des SEM relève-t-il du droit privé ?

Les SEM ne sont pas soumises au statut de la fonction publique, mais les SEM peuvent accueillir dans le cadre d'un détachement des fonctionnaires de la fonction publique territoriale ou d'Etat.

LA VALORISATION DES PATRIMOINES MOYEN D’ACTION DES COLLECTIVITÉS

**Table ronde débat
Animée par Jean CAPIAUX**

**Avec la participation d’Alexandre GRUPPO,
Directeur de l’immobilier social du Crédit Foncier de France**

Jean CAPIAUX

En écoutant les trois intervenants qui, malgré une finalité commune, avaient des thèmes assez différents, j’essayais de rapprocher leurs propos de ce que l’on avait entendu au cours de la matinée. Faire la relation entre les aspects théoriques juridiques et les aspects opérationnels ne semble pas un exercice facile. Par exemple, il a été indiqué ce matin que le domaine privé était librement cessible sans obligation de mise en concurrence, pour les fonds de commerce acquis dans le cadre des droits de préemption, ce n’est pas toujours vrai. Dans le cadre des clauses anti-spéculatives, une commune qui veut vendre du patrimoine foncier à des promoteurs, doit-elle mettre en concurrence ? D’autre part, si le prix de sortie du promoteur doit tenir compte de l’avantage qui lui aura été procuré en cédant le foncier à un prix inférieur à la valeur du marché, n’est-on pas en présence d’une clause exorbitante du droit commun ? Le premier acquéreur, contraint par cette clause anti-spéculative qui figure dans son contrat de vente ne sera pas libre de vendre ses appartements au prix du marché pendant une certaine durée. Heureusement pour les collectivités locales, car ce serait lourd à gérer en interne, c’est le notaire qui est chargé de récupérer la différence en cas de plus-value et de la restituer à la commune après jugement. Que se passe-t-il quand le second acquéreur réalise une plus value à son tour dans le délai prévu dans la clause anti-spéculative ?

Cyrille LELONG

Si la première revente est réalisée avec plus-value, celle-ci est prélevée. Si l’aide est remboursée en totalité à la première revente la clause anti-spéculative est terminée. C’est pourquoi dans le contrat il faut indiquer le montant de l’aide, qui ne peut pas être remboursé trois fois. Si l’aide est seulement remboursée en partie à la première revente, le deuxième acquéreur sera amené à le rembourser et ainsi de suite jusqu’à ce que le montant global de l’aide soit remboursé. Chaque acquéreur doit imposer cette obligation à son acquéreur, il adhère à ce principe, la vente est publiée au bureau des hypothèques, elle est donc opposable, de même pour son nouvel acquéreur.

Pierre DEVARENNE

Quelle est la position du banquier dans ce système, est-il prêt à prêter ?

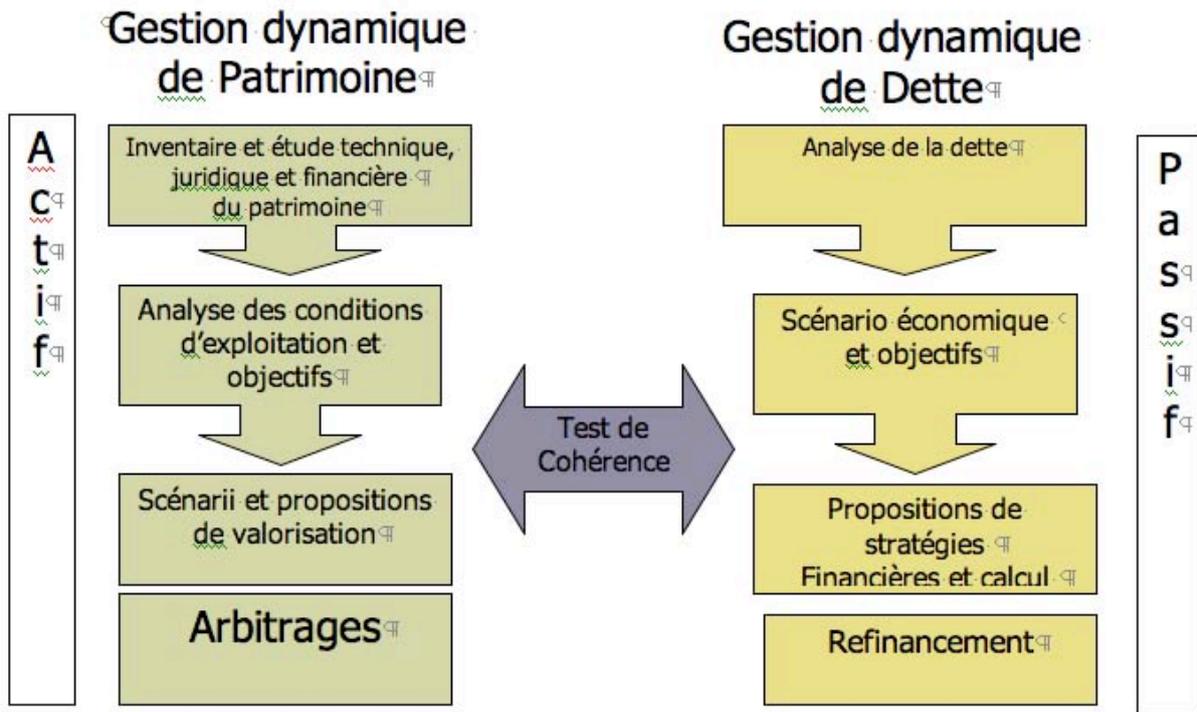
Alexandre GRUPPO

Les procédures offertes aux collectivités locales sont de plus en plus nombreuses pour répondre à leur objectif social. Le Crédit Foncier est de plus en plus souvent sollicité par les collectivités locales car les élus ont des difficultés à s'orienter dans ces dispositifs. La direction de l'habitat au sein du Crédit Foncier a fait la synthèse de toutes ces interventions pour accompagner les collectivités locales. Malgré notre expertise, la réalité se révèle très complexe à expliquer au cours d'une entrevue rapide avec nos clients. De nombreuses mesures sont en train de se développer : le pass foncier, l'accession sociale, le développement durable et la mise aux normes du patrimoine.

La gestion dynamique du patrimoine

Notre attitude est donc d'étudier la gestion patrimoniale de la collectivité locale pour dégager avec elle des marges de manœuvre. Le patrimoine public local, y compris celui des SEM ou des organismes de logement social, représente des volumes considérables. Le véritable enjeu est de le valoriser pour qu'il devienne un véritable levier pour l'investissement. En quelques chiffres, à titre d'exemple pour une ville de 70 000 habitants : 200 hectares de foncier, 300 000 mètres carrés de surfaces construites, 550 sites pour 2 000 agents. Le patrimoine des organismes de logement social représente plus de 4,2 millions de logements pour 15,4 millions d'euros de loyers. Après un premier recensement, on distingue trois niveaux d'actifs qui peuvent être valorisés : les actifs d'exploitation (locaux administratifs, voirie), les actifs de développement (réserves foncières, locaux désaffectés) et enfin les actifs de rendement (logements, concessions..) qui procurent des recettes. Après cette première analyse, les collectivités et les opérateurs sociaux se rendent compte qu'ils disposent, au travers de leur patrimoine immobilier : d'un levier financier tant sur l'investissement que sur l'exploitation, d'une opportunité de valorisation, tout en améliorant la qualité du service rendue aux usagers ou aux locataires. Notre première préconisation est tout d'abord d'effectuer cet inventaire et de s'interroger avec la collectivité locale sur les objectifs qu'elle se fixe dans la durée et les arbitrages qu'elle va prendre. Cette gestion s'inscrit dans une logique pluriannuelle : pilotage de l'investissement dans une optique de développement (le Plan stratégique de patrimoine pour les organismes de logement social), réponse aux objectifs d'occupation sociale, maîtrise des coûts de fonctionnement, recherche de la meilleure allocation de ressources financières au regard du plan de développement des actifs, rationalisation de l'occupation des locaux, valorisation du patrimoine. Cette méthode est résumée dans le schéma suivant.

> → La méthode de la Gestion Patrimoniale



Face à l'actif, il convient de s'interroger sur la pertinence l'allocation de ressource face aux objectifs assignés.

Les arbitrages de patrimoine en faveur de la politique sociale

Les possibilités d'arbitrage peuvent se décliner de multiples façons :

- La capacité d'investir et de financer des logements sociaux au travers de prêts réglementés. Le cas le plus courant est l'acquisition rénovation en PLS.
- La transformation d'usage.
- L'externalisation de patrimoine. La réalisation d'actifs au profit d'une SEM ou d'un organisme de logement social ce qui permet à la collectivité locale grâce aux plus values réaliser d'augmenter ses marges de manœuvre et de les réinvestir dans le secteur social.
- La cession de foncier pour favoriser le développement d'opérations locatives ou en accession à la propriété au travers d'opérations en PSLA, en location-accession ou en Pass Foncier avec des aides de la collectivité en utilisant les clauses anti-spéculatives.
- La cession du parc social aux occupants par l'intermédiaire de SEM ou d'organisme HLM qui génèrent elles aussi des plus values qui peuvent être réinvesties.

L'objectif des pouvoirs publics est de développer l'accession à la propriété. Les mesures en faveur des 30 000 logements qui ne sont pas réalisés par des promoteurs privés et sont offerts aux organismes HLM. Les collectivités locales seront incitées à bonifier les loyers pour les ménages modestes dans des conditions de sécurité. La vente HLM était jusqu'à présent peu

développée. Elle représentait de l'ordre de 5 000 logements par an. Le nouvel objectif est de passer à 40 000 logements. Il n'est pas inutile de se rappeler qu'un logement vendu représente deux à trois nouveaux logements. En outre, avec les contraintes de développement durable, au sein des organismes HLM 800 000 logements seront à mettre aux normes et la puissance publique locale sera certainement appelée à y participer.

En tant que banquier, après un bilan du patrimoine existant, le Crédit Foncier présente une synthèse des dispositifs et leur impact pour la collectivité locale. Enfin, il propose des produits financiers qui accompagnent ces interventions

Débat avec la salle

France VUILLEMIN, chef du service patrimoine et action foncière, mairie de Troyes

Ce matin, les intervenants évoquaient la liberté de cession immobilière par les communes. C'est de la théorie. En pratique, pour des principes de transparence, la mise en vente est publique. Pour des raisons diverses et variées, la vente peut être accompagnée de conditions. Par exemple, la mise en vente d'un espace vert déclassé avec obligation de conserver quelques arbres parmi les espèces les plus remarquables. Dans ces ventes « avec conditions », quelles garanties doit-on inclure dans les actes pour s'assurer que l'acquéreur les respectera. Des clauses pénales seraient difficiles à mettre pratique. Que nous conseillez-vous ?

Cyrille LELONG

La collectivité dispose déjà de nombreux outils pour contrôler le territoire communal : autorisation d'urbanisme... Des servitudes peuvent être prévues au niveau du PLU pour classer des éléments du patrimoine. Il est inutile de prévoir des sanctions si la collectivité est en incapacité concrète de les mettre en jeu.

France VUILLEMIN

Hormis la clause pénale de quels autres moyens disposent-on ? La clause résolutoire de l'acte de vente ?

Cyrille LELONG

La clause résolutoire ne me semble pas la plus adaptée. Les moyens financiers peuvent se révéler plus efficaces. Un organisme vend des terrains à bâtir et peut imposer aux constructeurs des normes environnementales. Si ces normes ne sont pas respectées, un complément de prix, avec garantie bancaire, était exigé. Sur le même principe exposé dans la clause anti-spéculative, on ne peut imposer à un acquéreur de revendre à un prix, mais lui prélever sa marge, lui enlève toute motivation à vendre plus cher. Avec une garantie bancaire, les obligations que vous entendez faire respecter auront toutes chances de l'être.

Jean CAPIAUX

Pour des élus, s'il s'agit de contraintes politiques par rapport à des riverains, honnêtement les solutions sont difficiles : dans la clause résolutoire, leur responsabilité est toujours difficile à prouver, les obligations peuvent être jugées trop contraignantes, le complément de prix est une sorte de clause pénale et peut être envisagé, mais il n'existe pas de véritable outil juridique qui permette de garantir les conditions d'une vente. Souvent ces conditions ne sont pas dans l'intérêt direct de la commune, mais sont posées pour ne pas mécontenter des riverains qui risquent d'en tenir compte lors des prochaines élections. Et je suppose, que madame a posé la question parce qu'elle n'avait pas trouvé de solution.

Un participant

Une commune fonde un lotissement artisanal avec des parcelles à construire pour des activités à un prix inférieur à celui de l'usage d'habitation, et les acquéreurs y construisent des habitations : d'abord deux tiers de l'immeuble à usage d'activité avec un tiers à usage d'habitation et progressivement les locaux à usage d'activité se transforment en habitation. Quel est le caractère opérant d'une clause d'affectation ? Elle existe en droit civil, mais on risque de rencontrer les mêmes difficultés que celles liées à la clause pénale ou résolutoire. Cette affectation a un fondement d'équité et les communes, particulièrement les petites et les moyennes communes, ne trouvent pas la bonne solution pour y répondre.

Cyrille LELONG

Si la personne transforme un local industriel en habitation, elle doit obtenir une autorisation de construire. Or, cette autorisation ne peut être délivrée que si la demande est conforme aux règles d'urbanisme.

Le participant

Les règles d'urbanisme ne sont pas fondées sur le prix, et ces règles peuvent évoluer. Avec la police d'urbanisme, le maire n'a pas de pouvoir réel de les réajuster.

Cyrille LELONG

En matière de lotissement, un cahier des charges de droit privé peut être rédigé. La maison peut être démolie si sa construction ne respecte pas ce cahier des charges. La sécurité est immédiate.

Jean CAPIAUX

Dans ce type de cahier de charges, sur un lot destiné à l'artisanat, des possibilités d'habitation peuvent être prévues mais en lien avec l'activité, que ce soit pour des questions de gardiennage ou autres commodités. Autrement, la réponse est urbanistique en fonction du zonage. Le prix de vente dans une ZAC est fonction de l'usage et de la possibilité d'exploitation du bien acquis.

Cédric MILHAT, directeur des affaires juridiques d'Abbeville

Cette clause anti-spéculative pourrait-elle être utilisée de façon aussi efficace dans la vente à l'immobiliser d'entreprises.

Cyrille LELONG

Bien évidemment, cette clause existe aussi pour faire venir des entreprises dans des zones rurales ou dans des friches industrielles.

Cédric MILHAT

Nous sommes, pour la plupart d'entre nous, juristes dans des collectivités territoriales, et nous ne pouvons ignorer la pression politique des élus qui veulent parfois faire passer des projets à la limite de la légalité. J'ai eu l'expérience d'une entreprise qui louait un bâtiment communal et qui ne payait plus ses loyers alors relativement conséquents. Après deux ou trois ans, le PDG s'est rapproché du maire en lui proposant de racheter le bâtiment en menaçant de mettre 500 employés sur le carreau si la vente était refusée. La pression économique et sociale était telle que le bâtiment a été vendu pour rien alors que nous avions la conviction, nous fonctionnaires, qu'il serait revendu avec plus-value. Ce qui s'est effectivement passé. Outre la clause anti-spéculative que nous n'avons malheureusement pas employée. La plus-value réalisée peut-elle être assimilée à une aide indirecte et donc illégale puisqu'elle a été indûment perçue.

Cyrille LELONG

En effet, une aide doit forcément être accompagnée d'une contrepartie. La délibération du conseil municipal a statué pour la vente et les services fiscaux ont dû se prononcer. L'objectif n'est pas d'annuler la vente, mais d'empêcher que l'entreprise ne parte pas à l'étranger, laisse 500 employés sur le carreau et engrange la plus-value. Une clause « anti spéculative » peut être contractuellement prévue. En la refusant l'entrepreneur ferait la preuve de sa mauvaise foi.

LA VALORISATION DES PATRIMOINES MOYEN D'ACTION DES COLLECTIVITÉS

L'UTILISATION DU PATRIMOINE POUR LE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE

LES AIDES À L'IMMOBILIER D'ENTREPRISE

Martine CLIQUENNOIS
membre AFAC, avocat au barreau de Lille
maître de conférences

Une fois établi l'inventaire du patrimoine des collectivités territoriales (et les interventions depuis le début de ce colloque ont montré que des difficultés subsistent, tant du point de vue de la distinction domaine public - domaine privé, que du même des éléments le composant - je songe ici aux perspectives du domaine immatériel évoquées par Jean David DREYFUS -) il reste à envisager l'utilisation du patrimoine aux fins de poursuite des objectifs et de conduite des politiques locales.

Selon une étude récente de la Fédération des Ville moyennes, 15 à 20 % du patrimoine bâti appartient aux collectivités territoriales.

Le patrimoine peut donc être conçu de nos jours comme un moyen d'atteindre des objectifs de mixité sociale ou de répondre aux défis environnementaux, ou encore, c'est le sujet qui nous retiendra, comme un moyen de développement économique.

Il s'agira donc schématiquement, pour la collectivité territoriale compétente, et de plus en plus aujourd'hui, pour l'établissement public de coopération intercommunale, de vendre un bien immobilier, ou de le louer, à une entreprise à un prix inférieur au prix du marché, ou que ce soit le prix de vente ou le prix des loyers consentis.

Or, l'affectation avec rabais du patrimoine à une opération économique, en vue d'attirer ou de maintenir des entreprises, est juridiquement considérée comme une aide économique à l'entreprise. Plus précisément, c'est la différence entre le prix du marché et le prix réellement consenti qui constituera l'aide publique.

En tant que telle, l'aide sera considérée comme une aide d'Etat, au sens que lui donnent les articles 87 et 88 du TCE (Traité Communauté Européenne).

Ce droit des aides d'Etat concerne aussi les aides mises en place par les collectivités territoriales, ainsi que jugé par la CJCE (*CJCE 14 novembre 1984, SA Intermills c/ Commission, aff. 323/82*).

Ces aides locales tombent donc sous le coup du principe d'interdiction de l'article 87 : les aides publiques aux entreprises sont par principe incompatibles avec le traité parce qu'elles constituent un moyen de fausser la concurrence entre les entreprises soumises aux lois du marché.

L'intervention publique comme contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, mais aussi à la concurrence n'est d'ailleurs pas une idée exclusivement européenne : on se souvient que les premières initiatives locales du début du XXème siècle, connues sous le nom de socialisme municipal, avaient déjà soulevé des protestations des entreprises privées estimant que les collectivités locales, communales souvent, mettant en place des boucheries, des boulangeries municipales, ou d'autres services de proximité, leur portaient une concurrence déloyale.

L'incompatibilité de principe énoncée par l'article 87 connaît néanmoins un certain nombre d'exceptions, parmi lesquelles le fait que la commission puisse de manière préventive ou postérieure, admettre la compatibilité de certaines aides, et définir sa position dans des communications, dans des principes directeurs, ou dans des textes d'encadrements relatifs à telles ou telles aides, entreprise ou secteurs.

Ainsi parmi les règlements on sera en matière d'immobilier d'entreprise plus fréquemment confronté au règlement relatif aux PME au ou au fameux règlement *de minimis* de décembre 2006, qui remplace le règlement de 2001, dispense de notification pour un cumul d'aides de 200 000 € sur trois ans).

Il apparaîtra donc pour la collectivité territoriale qui souhaite s'engager sur la voie de l'aide sous cette forme à une entreprise, de s'assurer tout d'abord de la possibilité juridique de consentir l'aide envisagée, et ce sera une première épreuve, l'épreuve du droit pour ce qui concerne la mise en place de l'aide (I). Une fois l'aide mise en place, encore faut-il la confronter à l'épreuve du temps : la question de la pérennité du dispositif, et de son efficacité se pose également (II).

I. L'épreuve du droit pour l'immobilier d'entreprise : la mise en place des aides à l'immobilier d'entreprise

Sur le plan du droit interne, le cadre juridique pour la mise en place des aides publiques locales à l'immobilier d'entreprise a été entièrement redéfini par la loi du 13 août 2004

relative aux libertés et responsabilités des collectivités territoriales, qui a fait l'objet d'un décret d'application spécifique du décret 27 août 2007.

La question est savoir si ce cadre juridique rénové contient une incitation ou au contraire un frein à l'utilisation du patrimoine à des fins économiques ?

Si une première lecture, essentiellement du cadre législatif, permet de montrer les apparences d'une plus grande liberté pour les collectivités (A), la réalité des contraintes du cadre réglementaire amène à être plus réservé (B).

A. Apparences de liberté

Codifiée pour ce qui concerne l'immobilier d'entreprise à l'article L1511-3 du CGCT, la loi du 13 août 2004 montre plusieurs facteurs de liberté apparente pour les collectivités qui souhaitent utiliser leur patrimoine aux fins d'attirer des entreprises.

1. Un premier facteur tient aux conditions générales de l'octroi de ces aides.

- Tous les niveaux de collectivités territoriales sont concernés : il n'y a pas comme dans les aides à création ou à l'extension d'activités économiques de l'article L 1511-2 CGCT, de priorité régionale avec possible participation des départements et communes. On sait que par le passé, déjà la priorité régionale avait été à l'origine de freins pour des départements ou des communes qui avaient mis en place des aides en dehors ou au mépris de l'intervention régionale préalable (*CE 6 juin 1986, Département de la Côte d'Or, CE 1er octobre 1993 ; Commune de Vitrolles*). Rien de tel pour les aides rénovées en matières d'immobilier d'entreprise.

- Ce sont les assemblées délibérantes qui déterminent les conditions d'attribution, de liquidation, de versement, d'annulation et de reversement des aides. Pour la sécurité juridique de la collectivité qui s'engage, le texte impose donc que soient prévues les conditions d'un éventuel reversement des aides, par exemple en cas de non respect de ses obligations par l'entreprise bénéficiaire. Il appartient aux collectivités concernées de faire bon usage de cette disposition et de définir prudemment les conditions de versement et d'éventuelles annulations des aides.

- Pour la sécurité juridique de la collectivité encore, la loi précise désormais un principe qui résultait de la pratique administrative antérieure, puis de circulaires, et qui trouve ainsi une consécration plus solide : les aides sont subordonnées à régularité de la situation de l'entreprise au regard de ses obligations fiscales et sociales. La collectivité est donc assurée de la sécurité de l'opération qui se monte avec l'entreprise, censée ne pas présenter de difficulté sur cet aspect important de sa gestion. Cependant on signale pour nuancer le propos qu'il suffira parfois d'un différend de l'entreprise avec le fisc ou l'URSSAF, pour que le contrôle de légalité conteste l'aide immobilière de la collectivité.

- La possibilité est reconnue pour les collectivités territoriales d'accorder des aides seules ou conjointement. La loi encourage les initiatives croisées, permettant un partage des risques pour les collectivités.

2. On observe ensuite une simplification et une uniformisation des aides par plusieurs moyens :

- C'est tout d'abord, la disparition de la distinction entre aides directes et indirectes (déjà depuis la loi du 27 février 2002 démocratie de proximité, renforcée par la loi du 13 août 2004)

- Puis l'abolition de la distinction entre immobilier bâti et non bâti : les aides peuvent porter sur des terrains nus ou aménagés

- Enfin, l'abolition de la distinction entre construction et rénovation : les aides peuvent porter sur des bâtiments neufs ou rénovés.

Si l'on combine ces trois avancées, l'effet est considérable pour élargir la marge d'action des collectivités. Sous l'ancien droit, antérieur à la loi du 13 août 2004, les rabais sur l'immobilier étaient considérés comme des aides indirectes (au sens où la notion introduite par la loi du 7 janvier 1982 avait dû être définie par le juge). Contribuant à l'accueil de l'entreprise, à l'amélioration de son environnement, l'aide à l'immobilier d'entreprise était donc une aide indirecte.

Selon la loi du 7 janvier 1982, ce type d'aide indirecte était donc réputée libre. Mais il s'agissait d'une curieuse conception de la liberté, parce que selon que le rabais portait sur le bâti ou non, le neuf ou l'ancien, l'aide était plus ou moins libre.

Dans certains cas, l'aide indirecte était dite libre, mais encadrée par un règlement. Le décret du 25 septembre 1982 qui constituait application sur ce point de la loi du 7 janvier 1982 instaurait pour les aides portant sur des terrains construits un système de zonage, en rapport avec les zones de la Prime de l'Etat d'Aménagement du Territoire (PAT). Selon que l'on situait dans telle ou telle zone, un plafond de réduction différent pouvait être consenti.

Il n'est que pour les terrains nus que les aides pouvaient être dites vraiment libres, sans limites réglementaires, sous réserve néanmoins du contrôle du juge le cas échéant, venant limiter les initiatives les plus audacieuses de la collectivité. C'est à ce sujet que la célèbre décision « Commune de Fougerolles » du Conseil d'Etat (*CE 5 novembre 1997, Cne de Fougerolles, JCP éd. N. p. 64 note C. Bardon*) avait admis la possibilité de vendre au franc symbolique, mais en contrepartie d'un avantage attendu pour la collectivité. Seule cette contrepartie permettait de reconnaître l'intérêt général de l'opération et d'échapper à l'application du principe selon lequel, il existe une interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités (*Conseil Constitutionnel 25-26 juin 1986, Privatisations ; Cons.Cons, 18 sept 1986 ; Cons.Cons, 21 juillet 1994 ; Cons.Cons, 23 juillet 1996*).

La disparition de cette complexité doit donc être reconnue.

3. La loi procède ensuite à une validation des aides immobilières sous plusieurs formes.

L'article 1511-3 reconnaît des pratiques plus ou moins refusées sous l'ancien droit par le juge, ou admises avec réticences.

L'aide peut donc désormais prendre la forme de vente avec rabais (considérée comme aide à l'investissement de l'entreprise), de location avec rabais sur le prix du loyer (aide au fonctionnement), de location vente, de crédit bail immobilier (voir sur ce point la communication spécifique de Me TABOUIS).

On ajoute pour mémoire les possibilités ouvertes par l'article L 1511-2 CGCT, relatif aux aides à la création ou à l'extension d'activités économiques, et qui peuvent prendre la forme de subventions, de prêts ou d'avances remboursables à taux nul ou à taux inférieur au taux moyen obligations, de prestations de services ou de bonifications d'intérêt.

Selon les circonstances précises et la gamme possible d'interventions, les collectivités territoriales et les entreprises peuvent donc trouver matière à définir une aide adaptée dans l'intérêt de chacune des parties à la convention qui concrétise obligatoirement l'opération menée.

Cette apparence de liberté doit cependant être tempérée par les contraintes réelles qui pèsent sur les montages juridiques envisagés.

B. Réalité des contraintes

L'article L 1511-3 marque l'articulation entre le volet législatif et le volet réglementaire : les aides à l'immobilier d'entreprise peuvent être consenties dans des conditions fixées par décret. Ce qui signifie que désormais ce sont toutes les aides de cette nature qui doivent être soumises au cadre réglementaire, et non plus seulement une partie d'entre elles comme auparavant.

La contrainte réglementaire se resserre donc sur ces aides. Trois séries de contraintes nous semblent primordiales à exposer.

1. La valeur vénale de référence

La valeur vénale de référence pour déterminer le montant des aides est fixée par le service des domaines (désormais France Domaines) ou par un expert (article R 1511-4 et s CGCT).

Elle est obligatoirement fixée par les domaines s'il y a lieu à application de la procédure prévue au CGCT et applicable en cas de cession ou acquisitions de terrains par les collectivités (procédure de la délibération motivée, bilan des acquisition et cessions, tenue et mise à jour du tableau des opérations).

En conséquence, dans ces hypothèses, non seulement la collectivité doit délibérer au vu d'un avis préalable des Domaines, rendu obligatoire en l'espèce par le CGCT, mais encore c'est la valeur vénale qui est fixée dans l'avis qui constitue la référence.

Dans les autres cas, (lorsqu'il n'y a pas de transfert de propriété, suppose-t-on) la collectivité, ou le groupement, peut demander soit l'avis des Domaines, soit l'avis d'un expert (présentant des garanties d'honorabilité, les compétences nécessaires... Il pourra donc s'agir en pratique d'un expert en évaluation immobilière.

Au cas où deux avis seraient sollicités, il n'est pas impossible que l'avis de l'expert pour déterminer la valeur de référence soit sensiblement différent de celui du service des Domaines, l'expert s'appuyant plus selon sa pratique habituelle sur la comparaison de valeurs de référence pour des opérations équivalentes récentes.

Dans tous les cas, le texte oblige à ce que la valeur soit établie en tenant compte des indicateurs du marché sur la base « de critères d'évaluation communément acceptés ».

En cas de revente par la personne publique à l'entreprise pendant les trois ans qui suivent son propre achat du bien immobilier, le décret impose le blocage au prix minimum de l'achat, sauf effondrement exceptionnel du marché.

2. Le montant de l'aide

Le droit interne est ici complètement aligné sur le droit communautaire.

La loi du 13 août 2004 fit d'abord l'objet d'un décret d'application du 27 mai 2005 ; puis en 2007 on assista à une refonte du droit français en raison de la refonte du droit communautaire des aides, désormais défini pour la période 2007- 2013.

Il s'agit plus précisément du règlement 1628/2006 de la Commission 24 octobre 2006 sur les aides à l'investissement dites AFR, aides à finalité régionale, et du règlement 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 dit *de minimis* pris en application des articles 87 et 88 du traité (succédant au précédent règlement *de minimis* de 2001).

En droit interne, la définition du cadre réglementaire par transposition et le passage de la PAT (prime d'aménagement du territoire) aux aides AFR s'effectuent par deux décrets du 7 mai 2007. L'un est relatif aux zones AFR et aux projets industriels et de services ; l'autre, est relatif aux projets recherche et d'innovation. Une circulaire du 15 juillet 2008 précise leur insertion dans le dispositif des aides

S'agissant de l'immobilier d'entreprise, il fait l'objet du décret spécifique 2007- 1282 du 27 août 2007, qui renvoie en permanence au décret 2007-732 relatif aux zonages AFR.

L'idée générale est très clairement dans ce texte que les aides à l'immobilier d'entreprise des collectivités territoriales ou de leurs groupements s'inscrivent dans le respect des primes d'Etat que constituent les Aides à Finalité Régionale, qui elles-mêmes s'inscrivent dans le respect du droit communautaire.

Le décret, codifié au CGCT, distingue dans ses grandes lignes les catégories suivantes :

Art R 1511-5 à R 1511-9 : Aides dans les zones d'aide à l'investissement des PME

Article R 1511-10 à 1511-18-1 : Aides dans les zones d'aide à finalité régionale

Article R 1511-19 à R 1511-20 : Aides aux entreprises menant des projets de recherche et développement

Article R 1511-21 à 1511-23-1 : Aides aux entreprises reprises dans les secteurs de production, transformation, commercialisation des matières premières en produits agricoles.

Ainsi, pour ne donner qu'une illustration, le taux de réduction consenti par rapport à la valeur vénale, donc le montant de l'aide à l'immobilier, sera fonction de différents critères : le zonage géographique où se situe l'opération (règles spéciales pour outremer ou métropole), le zonage AFR, l'activité de l'entreprise (règles spéciales PME industrie charbonnière, modes de calculs spécifiques pour transports, exclusion de certains secteurs comme pêche, aquaculture, sucre, produits de substitution du lait), de la taille de l'entreprise (petite, moyenne ou grande) le type d'aide envisagé (vente, location, lissage ou non sur plusieurs exercices budgétaires).

Les pourcentages relevés varient : on note par exemple des rabais autorisés de 7,5 ; 10, 20, 25, 40, 50, 60, 70, ou encore 75 %.

Cette aridité incontestable de la réglementation ne facilite pas la tâche des collectivités concernées, qui ne sont pas loin d'y voir, de manière imagée, un véritable « casse-tête des mille taux », dont l'effet dissuasif sur l'attribution de l'aide ne peut être occulté.

D'une manière générale, le renforcement des contraintes communautaires est encore présent de bien d'autres façons dans le nouveau droit.

3. Le renforcement des contraintes communautaires

Ce renforcement, annoncé depuis de longue date, prend la forme de plusieurs obligations renouvelées ou accentuées sur les collectivités territoriales.

Déjà par exemple une circulaire du 7 janvier 2001 du ministère l'Intérieur mettait en garde les collectivités contre une utilisation trop intensive de la technique de la jurisprudence *Commune de Fougerolles*. La légalité de l'opération au sens des critères dégagés par le Conseil d'Etat, pouvait-on y lire, doit encore s'accompagner d'une conformité au droit communautaire, selon

qu'il s'agit d'aide à l'investissement (vente de terrain) ou d'aide au fonctionnement (location).

Une autre circulaire du 26 janvier 2006, parue au JO du 31 janvier 2006, confirme la rigueur dont fait preuve la loi du 13 août 2004, qui accentue la pression sur les collectivités territoriales.

Le décret du 28 août 2007 précise les obligations de notification et de vérification préalablement à la mise en œuvre de l'aide, dans le respect du cadre fixé par le règlement *de minimis* de la commission (règlement 1998/2006 15 décembre 2006).

Il s'agit tout d'abord de l'obligation de notifier l'aide à la Commission si on se trouve au-delà du seuil prévu par le règlement (200 000 euros par entreprise sur trois ans). A ce sujet, la convention passée avec l'entreprise mentionne toutes les aides obtenues par celle-ci, ou sollicitées, pendant l'exercice fiscal en cours et les deux précédents, pour vérifier la condition d'application du règlement

Il y a donc une obligation de notifier à la commission préalablement à la mise en œuvre, les aides à l'investissement immobilier, les aides aux PME sous forme de rabais sur la vente (aide à l'investissement) pour les PME si la valeur vénale de référence est supérieure à 25 millions d'euros ou si le taux d'aide est supérieur de 50 % aux taux évoqués ci-dessus. La même règle vaut pour une aide égale ou supérieure à 15 millions d'euros

La collectivité a ensuite l'obligation de prévoir dans la convention passée avec l'entreprise les moyens de récupération des aides en cas de non respect des obligations contractuelles, ou en cas d'illégalité ou d'incompatibilité de l'aide constatée par les instances communautaires, Commission et/ou Cour de justice.

Il existe une obligation de faire remonter les informations au Préfet afin que l'Etat puisse informer la Commission. Une circulaire du 15 janvier 2008 du ministère de l'Intérieur se plaint du faible taux de remontée des informations. (ce qui d'ailleurs étonne peu, si l'on sait que régulièrement les rapports de la Cour des Comptes relatifs aux aides économiques locales déplorent que les obligations légales soient souvent perdues de vue par les collectivités (V. *par ex*, rapport 1996, ou septembre 2007).

Enfin, pour le cas où l'Etat français serait condamné pour manquement par la CJCE et soit obligé à supporter des frais financiers, ces derniers devraient être pris en charge par la collectivité territoriale à l'origine de l'aide, le remboursement de ces frais ayant un caractère obligatoire pour la collectivité, avec la conséquence possible de la mise en œuvre par le Préfet de la procédure d'inscription d'office.

II. L'épreuve du temps pour l'immobilier d'entreprise : assurer la pérennité et l'efficacité du dispositif

La rupture de la relation entre la collectivité territoriale et l'entreprise aidée constitue un risque qui ne peut être négligé (A), au point que les personnes publiques préfèrent dépasser la technique de l'aide à l'immobilier afin de mettre en place de nouvelles solutions (B).

A. Les problématiques de rupture

D'une manière assez paradoxale, les collectivités sont parfois confrontées à deux séries de difficultés, soit parce que les entreprises accueillies ne restent pas ; soit parce qu'au contraire elles restent trop longtemps dans le dispositif d'accueil. Il est parfois difficile de fidéliser les entreprises. Se pose tout d'abord la question du départ forcé, devant le constat du non respect de ses obligations par l'entreprise.

Que se passe-t-il lorsque les engagements pris en contre partie de l'aide publique immobilière accordée ne sont pas respectés ? Classiquement, le problème se pose lorsque les emplois annoncés n'ont pas été créés, ou n'ont pas été créés dans les proportions annoncées.

La collectivité territoriale est alors en droit de procéder à la résiliation de la convention et à l'abrogation de l'aide, voire au retrait de l'aide si les conditions de l'arrêt « Ternon » (*CE 26 octobre 2001*) sont réunies, ce qui est délicat du point de vue du délai de quatre mois, très court en pratique pour que l'opération soit déjà considérée comme non réalisée. C'est dire tout l'intérêt d'une solution avec attribution de l'aide de manière fractionnée, échelonnée selon le degré de réalisation des obligations de l'entreprise.

La Cour d'Appel de Douai a quant à elle, consacré le droit pour la commune de procéder à la résiliation de la convention avec une entreprise n'ayant pas respecté ses engagements de créations d'emploi. La conséquence est que le bien immobilier doit réintégrer le domaine privé de la collectivité communale (*Douai, 5 mai 1997, SARL SEC c/ Commune de Wignehies, 9601817*).

Le départ de l'entreprise peut encore résulter d'une volonté délibérée de sa part, Les intérêts économiques de l'entreprise sont empreints de pragmatisme. Attirée au départ par une implantation à tel endroit en raison des conditions économiques du moment, l'entreprise peut céder aux sirènes de la délocalisation, y compris à l'étranger, nonobstant son engagement préalable dans une opération de développement économique local.

On s'interrogera alors sur la possibilité d'inclure dans les conventions des clauses de pénalités, voire de mettre en œuvre une clause pénale au sens de l'article L 1126 du code civil, qui est rarement dissuasive.

On voit aussi des opérateurs de crédit bail immobilier mettre en place des clauses de garantie, avec reprise du crédit bail par la collectivité territoriale ou option d'achat par substitution du bien délaissé par l'entreprise défaillante.

Si, sur le plan juridique, cette technique est délicate, c'est surtout l'intérêt même de la collectivité qui est discutable.

Ayant par exemple exercé son option d'achat du bien immobilier, il n'est pas certain que la commune qui récupère ainsi un atelier équipé, un ensemble de bâtiments industriels ou de bureaux, en ait toujours l'utilité, ni même la possibilité de réemployer ce bien au profit de nouvelles entreprises. L'aménagement du patrimoine auquel il a pu être procédé peut se révéler dissuasif pour les candidats à la reprise. Le bien de retour risque alors d'être une charge supplémentaire pour la collectivité.

Les collectivités se trouvent parfois devant des situations inverses.

Ayant utilisé leur patrimoine à des fins de ruches d'entreprise, de villages d'entreprises, hôtels, pépinières, etc. il est logique que les conventions d'occupation comportent une durée maximale d'occupation. Le but de telles structures est souvent d'apporter une aide à la création de l'entreprise, ou au démarrage d'activité, et leur occupation du site n'a pas vocation à se pérenniser. Lorsque néanmoins certaines entreprises sont récalcitrantes, il convient alors de déclencher des procédures d'expulsion.

Seront mises en œuvre les procédures de droit commun si les biens appartiennent au domaine privé de la collectivité, les baux étant alors réputés de droit privé (*CE 31 juillet 1992, Commune d'Andlau ; TC 14 mai 1990, Commune de Boyon*). Il s'agit souvent des baux commerciaux soumis au décret du 30 septembre 1953, avec le mécanisme dit des « trois, six, neuf ans »).

Si les conventions d'occupation sont consenties sur le domaine public de la collectivité, en raison de la mission de service public qui s'y déroule, ainsi que jugé (*CAA Paris 7 novembre 1989, SARL Pardon Création*), le juge administratif sera saisi sur le fondement d'un référé mesures utiles de l'article L 521-3 CJA afin d'ordonner l'expulsion.

Ainsi à propos de ruches départementales d'entreprise, le Tribunal Administratif de Lille a-t-il pu ordonner une expulsion sous astreinte, dès lors que le maintien des lieux de l'entreprise faisait « obstacle à l'accomplissement normal par la régie requérante de sa mission de service public » (*TA Lille, 27 mars 2006, Ord. Référés n° 0600973, Régie départementale des ruches d'entreprises*).

Quoi qu'il en soit, on s'aperçoit que la gestion sur une longue durée de la relation avec l'entreprise aidée par ce moyen de l'aide immobilière peut être source de complications, provoquant une réflexion plus globale de la part des collectivités.

B. Le dépassement de la technique (la recherche d'autres solutions ?)

Devant les contraintes de gestion du patrimoine affecté, les collectivités sont amenées à rechercher d'autres solutions pour la gestion du patrimoine immobilier d'entreprise.

L'accent est souvent mis par les collectivités sur des demandes d'accompagnement des entreprises dans leurs activités.

Il ne donc s'agit pas (ou plus seulement) de vendre des biens immobiliers aux entreprises, aux commerçants, ni de leur procurer une occupation à loyer réduit. On note une multiplication des services de plus en plus souvent demandés à la collectivité territoriale : téléphonie, internet, ainsi que services d'aides au montage des projets, d'accompagnement de la démarche de création d'entreprise). Il ne s'agit plus pour l'entreprise d'acheter des mètres carrés mais en ensemble de services.

A l'inverse, beaucoup de collectivités refusent également d'habituer les entreprises à payer un loyer inférieur au prix du marché (craignant un effet négatif sur leur vision des réalités économiques). Il s'agit au contraire de provoquer la démarche de création d'entreprises, de reprise d'activité.

La problématique se déplace donc « du mètre carré vers le service ». L'immobilier ne suffit plus ; il n'est pas un but en soi, il est un moyen parmi d'autres.

La collectivité territoriale ou le groupement doit alors réunir un ensemble de facteurs pour développer un service intégré, quasiment une prestation « clé en main ». Il s'agira par exemple de détecter un porteur de projet, de l'accompagner vers l'acquisition de terrain, de construire ou réhabiliter un bâtiment, de l'aménager et l'équiper, bien souvent également, d'aider l'entreprise à trouver la main-d'œuvre utile.

Il pourra s'agir encore d'opérations de mutation industrielle après le départ d'activités industrielles anciennes. Les outils opérationnels seront indistinctement utilisés, selon les besoins du projet précis. Parmi les plus fréquents, on trouve le classement en ZFU, le plan ANRU, la création et la gestion de villages d'entreprises, pépinières, hôtels d'entreprises, mais aussi l'outil de la « SEM économique », afin de racheter (rachat du site au liquidateur de la société qui est partie), gérer, réhabiliter (construire des pépinières, des bureaux du tertiaire) des friches industrielles, afin de faire vivre un parc industriel (création d'un parcours résidentiel industriel).

La seule technique de l'aide à l'immobilier d'entreprise devient alors un élément, certes déterminant et nécessaire dans le processus d'implantation ou de maintien de l'entreprise, mais apparaît aussi comme un élément non suffisant. On assiste à la définition de plans globaux d'aménagement, les techniques d'urbanisme opérationnel et d'aménagement étant mises au service du développement économique.

Cette mission publique suppose dès lors de réunir des équipes transversales, de compétences multiples. Rien d'étonnant dès lors à ce que les personnes publiques locales recherchent dans cette tâche aux multiples facettes le concours de structures spécialisées, simples démembrements non personnalisés, services autonomes de la collectivité, ou encore confient ces tâches à des partenaires comme des sociétés d'économie mixte locales.

La technique de la SEM -ou de l'entreprise publique locale (EPL) depuis le changement d'appellation de la fédération qui les rassemble- se développe en effet précisément dans ce domaine. C'est souvent l'EPL qui se repositionne ainsi en prestataire de services.

Mais l'attractivité, c'est aussi dans l'accompagnement économique qu'on doit la chercher : développer le centre ville, attirer les salariés, favoriser le sport, la culture, les commerces, les logements, tous ces aspects doivent être attractifs si l'on veut attirer les entreprises. On se trouve donc devant une approche multi-métiers.

Au service de la collectivité publique, on verra donc des sociétés d'économie mixte chargées de la gestion d'immeubles ou de villages d'entreprises de locaux d'activités artisanales, devenir développeur en immobilier d'entreprise (tertiaire). La SEM pourra bien souvent être le partenaire de chaque collectivité dans le périmètre de la collectivité territoriale concernée, et elle-même pourra constituer des filiales spécialisées, telles que des sociétés patrimoniales immobilières.

Le partenaire de la collectivité apparaît ainsi bien souvent comme l'interlocuteur unique de cette dernière, qui assure l'interface avec les autres services et partenaires (constitue des réseaux d'avocats, experts, comptables, chambres consulaires, et même expériences étrangères....)

Il a pu être dit lors du Congrès de la Fédération des EPL tenu à Lyon début octobre 2008 que la SEM jouait auprès des maires, en particulier ruraux, souvent seuls devant des projets

complexes, un rôle de conseil et d'accompagnement : « les SEM jouent souvent auprès d'eux le rôle que jouaient les DDE jadis ».

En conclusion provisoire

On se risquera à indiquer que l'immobilier d'entreprise ne suffit plus ; il n'est pas un but en soi, il est un moyen parmi d'autres.

Ainsi pour bon nombre de collectivités territoriales, il devient préférable d'attribuer d'autres aides que les aides à l'immobilier : par exemple, aides à l'innovation, ou à l'investissement technologique.

Il conviendra dans un contexte marqué par la crise financière et économique de l'automne 2008 de suivre avec attention les stratégies qui seront désormais privilégiées par les collectivités territoriales.

LA VALORISATION DES PATRIMOINES MOYEN D'ACTION DES COLLECTIVITÉS

L'UTILISATION DU PATRIMOINE POUR LE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE

LE CREDIT-BAIL IMMOBILIER, VERTUS ET RISQUES¹¹²

Antoine TABOUIS
avocat à la Cour

Le crédit-bail immobilier est un outil spécifique d'intervention économique des collectivités locales en faveur de l'immobiliser d'entreprise (nous ne parlons pas aujourd'hui du financement d'équipements publics, dans le cadre de BEA, de contrats de partenariat, de SOFERGIE, *etc.*). La collectivité locale se mue, alors, en promoteur immobilier et en prestataire financier au profit de l'entreprise en jouant le rôle de crédit-bailleur.

Commençons par définir ce contrat. Selon l'article L.313-7 du Code monétaire et financier, un crédit-bail immobilier est un contrat par lequel un crédit-bailleur – en général un établissement de crédit, ici une collectivité locale – acquiert ou fait réaliser un bâtiment en vue de donner en location, généralement de longue durée, à un crédit-preneur, en l'espèce une entreprise aidée. Ce crédit-preneur dispose d'une option d'achat (anticipé ou non) sur ce bien. Son loyer intègre non seulement la valeur de jouissance du bien loué, comme dans tout bail, mais également une fraction de l'amortissement du capital investi par le crédit-bailleur.

Ce montage présente des avantages pour les deux parties. Le crédit-preneur, l'entreprise, n'a pas à réaliser l'investissement de premier établissement. Le crédit-bail fait l'objet pour ces entreprises d'une inscription hors bilan, ce qui est important d'un point de vue comptable et fiscal. L'entreprise ne supporte pas les aléas liés à tout chantier immobilier en général. Enfin l'entreprise bénéficie souvent de loyers relativement faibles, car le crédit-bail immobilier consenti par la collectivité comprend le plus souvent un élément d'aide publique, avec des loyers décrochés de la valeur des marchés. L'intérêt du crédit-bailleur public est d'attirer des entreprises et de les ancrer sur son territoire. Les y fixer durablement, car les avantages fiscaux et comptables ne sont intéressants que si l'objet d'achat n'est levée qu'en fin de bail. La valeur résiduelle à payer est limitée pour ce genre de bien. La collectivité locale bénéficie

¹¹² Cette transcription a, pour l'essentiel, conservé le style oral de l'intervention.

aussi d'un pouvoir de contrôle plus étroit sur l'emploi de l'aide que dans le cas d'une subvention. Elle valorise son patrimoine, tout en disposant à travers le bien de garanties relativement sûres sur l'entreprise et son activité.

Or, les collectivités locales disposent d'un patrimoine immobilier et de réserves foncières importants. À cette situation structurelle s'ajoute une tension conjoncturelle : avec la crise financière et bancaire que nous connaissons, l'accès des PME au financement va être rendu plus difficile. Les collectivités locales vont donc être de plus en plus sollicitées pour accorder des crédits-baux immobilier aux entreprises.

Les risques juridiques

Le crédit-bail immobilier n'est cependant pas dénué de risques. La Cour des comptes et les chambres régionales des comptes s'inquiètent régulièrement de l'alourdissement substantiel de la dette de collectivités locales qui multiplient les opérations d'aide aux entreprises en crédit-bail immobilier. Et le crédit-bail est confronté à quatre types de règles, qui en conditionnent singulièrement la sécurité juridique : le régime des aides publiques, le droit de la domanialité publique, le droit de la commande publique, et surtout le monopole bancaire.

1. Le régime des aides publiques

Je ne m'étendrai pas sur cette question, qui vient d'être amplement développée par ma consœur Martine Cliquennois. Insistons sur le fait qu'il est nécessaire dans un contexte réglementaire complexe, avec des zones AFR, des zones PME, des zones R&D, des dérogations *de minimis*, des équivalents-subvention nets à calculer, *etc.*... d'analyser finement le régime juridique applicable à l'élément d'aide à l'entreprise que peut contenir un crédit-bail immobilier. Si cela n'est pas fait, si la procédure de notification à la Commission européenne éventuellement requise n'a pas été suivie, si la compatibilité de l'aide avec le Marché commun n'a pas été constatée, l'aide risque d'être remise en cause *a posteriori*, l'entreprise étant alors contrainte, des années après, à rembourser l'aide en capital et en intérêts. Ces intérêts peuvent être très élevés car il ne s'agit pas de l'intérêt légal, mais depuis début 2008 du taux du marché monétaire à un an majoré de 100 points de base (avant 2008, il s'agissait des taux *swap* interbancaires à 5 ans). Si la récupération de l'aide est ordonnée (par le juge administratif, par la Commission), la collectivité risque alors d'être confrontée à la défaillance de perdre son crédit-preneur et de se retrouver avec un bâtiment qui ne sera pas toujours facile à relouer à une autre entreprise. Ce risque contentieux est réel. Depuis quelques années, on voit se développer les remises en cause d'aides aux entreprises par leurs concurrents. L'enjeu économique est parfois tel que ces derniers n'hésitent plus à introduire des procédures, nationales ou communautaires, pour faire tomber des mesures d'aide qu'ils estiment anti-concurrentielles. Outre le reversement des aides, l'enjeu est aussi celui de la nullité absolue du crédit-bail immobilier sous-jacent en cas d'aide illégale (procéduralement) ou incompatible avec le Marché intérieur (CE, 27 février 2006, *Cie Ryanair et CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin*).

Quelques précisions complémentaires :

- Le régime des aides à l'investissement étant plus favorable que celui des aides au fonctionnement, relevons qu'il est indispensable à la qualification d'investissement que la durée de location par l'entreprise soit de cinq ans *minimum* à partir de la date d'achèvement des travaux d'investissements.
- Concernant l'évaluation de la valeur vénale et locative de référence du bien donné à crédit-bail, nécessaire pour estimer le plafond légal d'aide, l'avis préalable des domaines est rendu obligatoire par le CGCT. Dans un souci de bon emploi des deniers publics, il est préférable, outre l'avis des domaines, d'obtenir l'avis d'un tiers expert immobilier pour avoir une estimation plus juste de la valeur locative de référence. Le service France Domaine a tendance à sous-évaluer les prix par rapport aux coûts réels du marché ; il n'instruit pas le même genre de dossiers, il n'a pas les mêmes méthodes de calcul, il connaît bien les opérations des collectivités locales mais moins celles des entreprises et les praticiens jugent en général son « fichier » plus lentement mis à jour des évolutions du marché.

2. La domanialité publique

Aujourd'hui, le crédit-bail immobilier des collectivités publiques (crédits-bailleurs) pose moins de difficulté au regard des règles la domanialité publique que par le passé et ce, depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 11 juin 2004, *Commune de Mantes-la-Jolie*. Le domaine public est inaliénable et, en tant que tel, ne peut pas faire l'objet d'un crédit-bail immobilier. Cet arrêt de 2004 considère que les « ateliers-relais » construits par les collectivités locales pour les vendre ou les donner à bail à des entreprises ne font pas partie du domaine public. Il existe certes un service public local du développement économique, mais les bâtiments vendus ou loués à bail à des entreprises ainsi aidées ne sont pas affectés à ce service public et ne font pas partie du domaine public. En revanche, si la collectivité locale veut donner un terrain et un bâtiment à crédit-bail immobilier à une entreprise sur un bien immobilier antérieurement affecté à un service public, il lui faut bien évidemment respecter certaines règles : le service concerné doit être déménagé au préalable ; la désaffectation doit être constatée, par exploit d'huissier à des fins probatoires pour la suite ; un acte formel de déclassement doit enfin être adopté par l'assemblée délibérante. Enfin, si l'entreprise est prudente, elle fera insérer dans le contrat de crédit-bail immobilier une condition suspensive, ou au moins résolutoire, liée à la purge de tous les délais de recours et de retrait contre l'acte de déclassement.

3. Le droit de la commande publique

En théorie, le crédit-bail immobilier, en tant qu'instrument à la fois d'interventionnisme économique et d'aide publique locale ne rentre pas dans la même logique que celle de la commande publique. Toutefois des difficultés peuvent apparaître dans deux hypothèses.

- Tout d'abord, un crédit-bail immobilier peut être requalifié en convention de délégation de service public (DSP). La frontière entre contrôle de l'affectation des aides à une activité économique privée, prescription d'obligations de service public et satisfaction d'un besoin public n'est pas toujours évidente. Il est légitime, sinon obligatoire, qu'une collectivité surveille étroitement l'emploi que l'entreprise fait du bâtiment donné en crédit-bail immobilier. Elle peut aller jusqu'à limiter le type d'activité économique susceptible d'être exercé dans les lieux. Toute autre clause insérée dans le contrat en termes, notamment, de dates et heures d'ouverture, d'accès du public, de continuité du service, de tarification,

d'égalité de traitement des clients... peut s'avérer dangereuse si elle donne l'impression que la collectivité locale n'a pas seulement voulu promouvoir une activité économique privée préexistante, mais a en réalité entendu procéder à une DSP en dehors de toute procédure de publicité et mise en concurrence préalable. Il existe une jurisprudence administrative abondante de cas de requalification d'aides à l'immobilier d'entreprises en conventions de DSP. Le risque, outre la nullité civile de l'ensemble contractuel, est aussi pénal.

- Ensuite, la collectivité locale est confrontée à divers risques en droit des marchés publics. Le plus souvent, elle dispose d'un terrain nu, sur lequel elle doit faire réaliser un bâtiment répondant aux besoins d'une entreprise en concluant un marché public de travaux, dans le respect du Code des marchés publics et de la loi MOP. Si la passation de ce marché de travaux est irrégulière, si le contrat est nul, les garanties de constructeur, la biennale, la décennale, la garantie de parfait achèvement, tombent avec le contrat. Et l'entreprise qui exercerait l'option d'achat ne pourrait pas, elle non plus, faire jouer ces garanties contre le constructeur qui serait nulle au même titre que le marché de travaux. Par ailleurs, les collectivités locales peuvent être tentées de recourir à la délégation de maîtrise d'ouvrage, très fréquente en droit privé : le crédit-bailleur, établissement de crédit, qui ne dispose pas des compétences nécessaires pour conduire un marché de travaux, délègue sa maîtrise d'ouvrage au crédit-preneur qui se charge lui-même de réaliser ou de faire réaliser le bâtiment, de le remettre au crédit-bailleur qui, immédiatement, le lui loue. Ce mécanisme de délégation de maîtrise d'ouvrage adossé à un crédit-bail immobilier risque de se heurter, pour les collectivités locales crédits-bailleurs, à la loi MOP et, notamment, à la limitation apportée aux fonctions de maîtrise d'ouvrage publique déléguables et à l'interdiction de cumuler les fonctions de mandataire de maître d'ouvrage public, d'entrepreneur et de maître d'œuvre. Le mécanisme peut heurter entrer en contradiction avec le Code des marchés publics, car celui-ci imposera mettre en concurrence le mandataire de maîtrise d'ouvrage publique, c'est-à-dire dans notre hypothèse le crédit-preneur, ce qui n'aurait aucun sens. De la même manière, le mécanisme de droit privé qui consiste à charger le crédit-preneur, non pas de toute la maîtrise d'ouvrage (déléguée), mais *a minima* de la réalisation même des travaux de construction du bâtiment qu'il va prendre en crédit-bail, n'est pas exempt de risque, civil et pénal, au regard de ces mêmes règles de publicité et de mise en concurrence des marchés de travaux.

4. Le monopole bancaire

Dernière difficulté soulevée par le crédit-bail immobilier des personnes publiques, la plus sérieuse car elle touche à son principe même (nous n'avons jusqu'ici émis de réserves que sur ses conditions) : le monopole bancaire.

- Le Code monétaire et financier classe le crédit-bail immobilier, qu'il définit, parmi les opérations de crédit (articles L.313-7 et L.515-2). Or, le Code monétaire et financier réserve un monopole en matière d'opérations de banque, exercées « à titre habituel », aux seuls établissements de crédit dûment agréés par le Comité des établissements de crédit des entreprises d'investissement (CECEI). Il est de coutume de dire que la violation de la loi bancaire est une « *infraction d'habitude* » : autrement dit, il n'est pas interdit aux collectivités locales d'être crédits-bailleurs, mais cela ne saurait être qu'à titre tout à fait exceptionnel. Toute la question étant celle de la distinction entre l'activité professionnelle ou habituelle et l'activité occasionnelle ou exceptionnelle. La jurisprudence en la matière ne brille pas par sa

clarté. Selon la Cour de cassation, l'habitude paraît suffisamment caractérisée par l'accomplissement de deux faits successifs, quel que soit l'espace dans le temps entre ces deux faits, auprès de deux ou plusieurs clients différents (Com., 3 déc. 2002, Bull. civ. IV n° 182) : le critère serait donc double, à savoir celui de la répétition et celui de la diffusion. Pour le Conseil d'Etat, encore plus rigoureux, le simple fait pour un département de créer un système dans lequel il s'autorise à donner des prêts aux communes de son ressort est une violation du monopole des établissements de crédit (CE, 30 nov. 1994, *Préfet de la Meuse*). Quant aux chambres régionales des comptes, elles ont tendance à critiquer systématiquement toutes les opérations de crédit, et notamment de crédit-bail immobilier, effectuées par les collectivités locales, même si ces opérations sont isolées. Dès lors, la prudence et la sécurité juridique commandent d'en conclure qu'une collectivité locale ne pourrait se livrer à une opération de crédit-bail immobilier qu'à titre parfaitement exceptionnel.

- Certains auteurs considèrent que, pour respecter le monopole bancaire, il suffirait que la collectivité locale s'autorise une opération de crédit par exercice budgétaire. Cette interprétation, qui ne s'appuie sur aucun texte, ne me convainc pas : *quid* si une opération de crédit est bouclée le 15 décembre et une autre le 15 janvier suivant ?

- S'agissant de la possibilité que la collectivité locale ne soit pas animée par une intention spéculative, que son but ne soit pas lucratif, que son crédit-bail immobilier soit conclu en dessous des conditions du marché, cette circonstance n'est pas susceptible de faire perdre à l'opération en cause la qualité d'opération de crédit, comme le Conseil d'Etat l'a jugé en 1994. Ce qui n'est pas très surprenant : dans ce cas de figure, la question ne serait en effet pas de savoir si l'opération, non lucrative, perdrait sa qualification d'opération de crédit de ce fait, mais plutôt si une telle opération ne pourrait pas engager la responsabilité de la collectivité publique à l'égard des banques qui se plaindraient d'une concurrence déloyale ?

- Les sanctions de la violation du monopole bancaire sont très lourdes, car il s'agit d'un délit, puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende pour les personnes physiques, du quintuple pour les personnes morales, dont les personnes publiques s'il s'agit d'une activité susceptible de faire l'objet d'une DSP. Les conséquences sont aussi civiles. La Cour de cassation considère qu'un crédit-bail immobilier conclu en violation du monopole bancaire n'est pas nul de ce fait, mais le juge administratif n'a pas la même lecture : statuant non pas en tant que juge du contrat (qui est le juge judiciaire, le crédit-bail immobilier étant le plus souvent un contrat de droit privé, sauf clause exorbitante du droit commun), mais comme juge de l'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat annule les délibérations autorisant la signature de crédits-baux immobiliers en méconnaissance du monopole bancaire. Avec le risque qu'un contribuable local, par exemple, attaque cette délibération devant le tribunal administratif et demande à celui-ci de l'annuler et d'enjoindre la collectivité locale de résilier le contrat, selon un « coup de billard à trois bandes » contentieux dont les requérants sont de plus en plus familiers.

Conclusion

Cette dernière observation permet de conclure. Le crédit-bail immobilier, comme instrument de valorisation économique du patrimoine des collectivités locales et d'aide publique aux

entreprises, s'il présente d'indéniables avantages, est donc à utiliser avec prudence. Mon propos n'est pas alarmiste ; il s'agit d'attirer l'attention sur les écueils à éviter dans ce type d'opération. Car, *in fine*, le risque ne pèse pas seulement sur l'entreprise crédit-preneur, qui pourrait perdre son droit d'occupation et partant le support même de son activité économique, au risque de sa survie. La collectivité locale prend aussi un risque financier réel : celui de perdre son locataire (et des emplois locaux) et d'avoir réalisé de lourds investissements immobiliers, parfois en pure perte s'il ne s'agit pas d'un simple atelier-relais banalisé, modulable et employable par n'importe quelle entreprise de service, mais d'une usine « clef en main », d'un bâtiment réalisé « sur mesure » pour répondre aux besoins spécifiques d'une entreprise donnée, difficilement remplaçable. On rétorquera : en cas d'annulation, la situation peut toujours être régularisée *a posteriori*, par la signature par exemple d'un bail commercial de substitution par les parties. Certes, mais encore faut-il que ce ne soit précisément pas le crédit-preneur de la collectivité locale qui ait invoqué la nullité du crédit-bail immobilier, avec plus ou moins de bonne foi, pour se libérer de ses obligations contractuelles, après avoir au surplus bénéficié de certaines aides publiques.

L'UTILISATION DU PATRIMOINE POUR LE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE

**Table ronde animée par Monique AMBAL
avocate à la Cour, membre de l'AFAC**

**Avec la participation d'Emmanuel GÉRARD,
Directeur général d'Ipolis**

Monique AMBAL

Comment les collectivités locales peuvent-elles contribuer au développement économique qui nous paraît tellement indispensable dans nos sociétés modernes ? Nos sociétés occidentales ont toujours considéré que ce développement économique reposait sur des initiatives de personnes privées. Le jeu de l'offre et de la demande doit permettre, non seulement de couvrir les besoins d'une population, mais en allant au-delà de ces besoins de leur assurer un certain confort. Aujourd'hui, ce développement économique n'est pas assuré en divers lieux de façon égale, y compris sur le territoire national. Le développement de la région Midi-Pyrénées est éloigné de celui de la région Ile-de-France. De même en Midi-Pyrénées, le développement de l'agglomération toulousaine n'a rien à voir avec ceux des autres territoires de la région. Ces disparités économiques existent aussi entre différents secteurs géographiques d'une même ville. Les quartiers d'habitat dégradé ne laissent pas tellement de place au développement économique. La rénovation des quartiers d'habitat ancien a sorti certaines populations et leurs activités hors des limites du centre ville. Le cycle économique, dont la crise financière actuelle est une illustration, freine également ce développement.

Face à ces freins, ou ces disparités en matière de développement économique qui peut y faire face si ce n'est les pouvoirs publics et notamment les collectivités locales. Encore faut-il leur donner les moyens d'agir. Or les interventions de cet après-midi nous montrent que ces moyens sont en diminution constante. Le premier de ces moyens, dont on pensait qu'elles avaient la libre disposition, était bien sûr leur patrimoine. Avant on critiquait les collectivités locales en leur disant tout votre patrimoine est affecté à votre domaine public. Ce domaine public doit être protégé car il est affecté à une activité d'intérêt général ou à un service public mais vous avez toute liberté avec votre patrimoine privé. Le paradoxe est que le patrimoine public peut être plus facilement valorisé grâce à la mise en place du CGPPP : la liberté de consentir des crédits-baux dans le cadre des crédits-baux emphytéotiques, ou la généralisation des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droit réel, apportent une ouverture du patrimoine public à des fins économiques. La contrainte des règles européennes complique tellement la situation que les collectivités locales risquent de se

de saisir de ce rôle essentiel de relance du développement économique de leur territoire. Outre le crédit-bail qui se heurte au monopole bancaire et que l'on écarte d'office, la possibilité pour les collectivités locales est le plus souvent de se reporter sur des SEM ou d'autres structures qui doivent s'adapter elles-mêmes à d'autres contraintes.

Quel est l'avenir du rôle d'acteur des collectivités locales dans le cadre du développement économique ?

Emmanuel GÉRARD

Je ne suis pas juriste, mais consultant en ingénierie culturelle et touristique. Le secteur du tourisme et des loisirs est intéressant, car il est complètement dépendant du territoire par nature et fait intervenir de manière croissante des opérateurs privés. Chacun doit faire son métier. La collectivité doit programmer et aménager tout en favorisant l'initiative privée. Le domaine du tourisme est encore un secteur très public. La France est le premier pays touristique du monde avec 82 millions de touristes étrangers aujourd'hui, avec 110 millions attendus à l'horizon 2020, soit 40% d'accroissement de la fréquentation touristique.

Sur le terrain, on observe d'une part, des agences de développement économique et des comités d'expansion ayant l'habitude de travailler sur l'implantation d'entreprises industrielles de type classique. D'autre part, des comités régionaux ou départementaux de tourisme qui se sont concentrés sur la promotion de la destination. La problématique d'identification des investisseurs, d'analyse des besoins d'investissement touristique et de loisirs du territoire, de politique de partenariat est malheureusement encore assez rare. Ces dernières années, quelques opérations, comme celle du château-fort de Sedan en Champagne-Ardenne sont apparues avec une certaine exemplarité. La Ville de Sedan, qui possède un des châteaux forts les plus grands d'Europe, a fait intervenir France Patrimoine, opérateur spécialisé dans le montage et la gestion d'hôtellerie et de restauration dans des lieux de patrimoine. A ainsi été réalisé avec l'appui technique et financier de la Caisse des dépôts et consignations un montage, avec notamment le déclassement dans le Domaine privé des espaces correspondants à l'intervention hôtelière (5 000 mètres carrés sur 35 000 mètres carrés), débouchant sur un investissement d'une dizaine de millions d'euros. Des outils existent ; la Caisse des dépôts et consignations peut faciliter un portage en jouant un rôle d'investisseur à long terme. La méthode consiste essentiellement en une analyse rigoureuse des objectifs et des partenariats techniques et financiers que l'on souhaite et/ou qu'on a besoin de mettre en oeuvre dans un projet d'investissement touristique public-privé et à leur formalisation juridique.

Aux Assises du Tourisme du mois de juin 2008, Jacques Marseille indiquait que les emplois directs et indirects du tourisme (environ 1,8 millions d'emplois) étaient aussi élevés que ceux de la filière automobile. Il faut donc se préoccuper davantage d'une économie de l'offre : notre hôtellerie ne correspond plus aux normes habituelles rencontrées dans d'autres pays ni aux ambitions de la France en ce domaine. Le tourisme fait rêver, mais il peut aussi faire dérapier et chacun tend à se dire spécialiste du tourisme parce qu'il prend quelques jours de vacances à l'étranger. Quelques règles sont importantes à retenir. L'exploitant est la clé du projet, c'est à lui qu'incombe la gestion, le chiffre d'affaires, le respect des engagements contractuels. A chacun son métier, entre le financier, le constructeur, le spécialiste de l'ingénierie touristique.... Ainsi dans les DOM-TOM, la multiplication des produits financiers de défiscalisation, a conduit à créer de mauvais produits touristiques, parce qu'ils n'avaient pas dans les faits de valeur d'usage. La créativité doit investir le domaine du montage juridique de projets touristiques et de loisirs ; chaque projet constitue un cas particulier, demande du « cousu main ». Les outils juridiques existent ; le développement et l'assouplissement du PPP en témoignent. Le chaînon manquant ; c'est en fait un élan

politique, une mobilisation collective, face à un enjeu direct de rééquilibrage de la balance des paiements et d'identification de nouveaux moteurs pour la croissance. Si l'on retirait 5% du budget imparti à la promotion touristique dans les départements et les régions pour s'attaquer à la mise en place d'une stratégie opérationnelle en matière d'investissement touristique, on pourrait sans aucun doute beaucoup progresser en terme de création de richesses dans ce pays.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

LES PATRIMOINES PRIVÉS ET PUBLICS UNE VALEUR AJOUTÉE POUR LE DÉVELOPPEMENT DES COLLECTIVITÉS

Jean-David DREYFUS
professeur agrégé de droit public, avocat à la Cour

Cette journée de colloque a été très riche. Nous avons pu prendre conscience du grand nombre de contraintes qui limitent la valorisation du patrimoine public et privé des collectivités territoriales même si celle-ci demeure une nécessité dans la période actuelle.

Que signifie le terme valorisation ? Pour une collectivité, la valorisation son patrimoine n'a-t-elle pour but que d'en tirer des revenus ? Est-ce vraiment la finalité d'une personne publique de rechercher à retirer de l'argent de ses biens ? Nous sommes, en effet, dans une époque où l'économie dicte ses lois, mais cette loi doit-elle être adoptée par les collectivités territoriales ? La valorisation du patrimoine par une personne publique ne pourrait-elle – ou ne doit-elle - pas lui permettre de poursuivre un certain nombre d'autres objectifs ? D'instrumentaliser ses biens à des fins d'intérêt général : logement social, développement économique ? A contrario de l'utilisation du patrimoine pour une recherche maximum de profits alors que la mission de la personne publique doit d'abord être l'accomplissement de l'intérêt général. Quand on est une collectivité territoriale valoriser ne peut pas signifier retirer le maximum de profits de tous les biens. C'est d'abord, entretenir son patrimoine, le gérer, en dernier lieu en dégager des recettes complémentaires.

De l'intervention de Mme Maugué, il ressort que, si l'objectif du nouveau CGPPP était à la simplification, son objectif n'est pas complètement atteint car la complexité demeure. Le CGPPP n'a pas clarifié tous les problèmes, il n'a pas unifié les régimes autant qu'on pouvait le penser. On ne comprend pas pourquoi certaines dispositions d'Etat n'ont pas été étendues aux collectivités territoriales ou inversement certaines dispositions des collectivités locales ne pourraient pas fonctionner pour l'Etat. Pourquoi ne pas avoir fait tout de suite, au moment où quelque chose que l'on nous promet pour le futur ? « Les promesses n'engagent que ceux qui les croient ». Le CGPPP est un progrès qui a un goût d'inachevé.

En matière d'identification du patrimoine, là encore, les frontières sont mouvantes. Dire ce qui appartient au domaine public ou au domaine privé n'est pas toujours simple. Un certain nombre d'incertitudes subsistent et « les lignes de partage sont fluctuantes » pour reprendre le

titre de votre exposé, M. Devarenne. Le flou perdure. Parfois, la contingence et les nécessités font loi. La jurisprudence et la disposition législative qui affirment que l'Etat n'a rien à payer aux collectivités pour l'implantation de ses radars parce qu'ils font partie d'un domaine unique laissent dubitatif. Ces mesures très contingentes ont uniquement pour but d'éviter à l'Etat de payer les collectivités, même s'il y a par la suite une redistribution des ressources par voie budgétaire. L'Etat a parfois des moyens d'actions dont les collectivités locales sont dépourvues. J'avais cru comprendre que les collectivités locales bénéficiaient d'un certain nombre de protections constitutionnelles comme le principe de libre administration des collectivités locales.

Complexité encore, quand l'on évoque l'intercommunalité et ses mises à disposition. Le régime des mises à disposition présenté par M. Bardon est quand même étrange : biens transférés à l'intercommunalité parce que la compétence a été transférée, mais dont la propriété demeure toujours celle de la commune. Avec une sorte de droit au retour, un jour. Ce qui signifierait que le bien doit revenir à terme dans le patrimoine de la commune qu'il n'a jamais quitté au sens strict quand il a été transféré à l'intercommunalité.

Complexité et risque encore, car la valorisation du patrimoine comporte bien des risques, avec les problématiques contractuelles. Le professeur Richer a clairement exposé les risques de requalification de contrats utilisés habituellement dans le champ domanial, tels les BEA requalifiée en marchés publics.

Dans le domaine du patrimoine, les grands principes du droit public s'appliquent aussi : égalité, proportionnalité... A l'instar des contreparties financières de l'occupation privative, certains principes limitent la liberté des collectivités locales.

En guise de bilan de cette première partie, on peut retenir que le patrimoine des collectivités présente une grande diversité, que les règles qui s'y appliquent sont complexes et n'obéissent pas toujours à la plus grande rationalité juridique.

Cet après-midi, nous avons pu appréhender la valeur instrumentale des biens. Quand on est une collectivité, je le répète, valoriser c'est assurer ses missions de service public.

Pour assurer ces multiples missions de service public, les collectivités locales doivent faire preuve de créativité. Toute une série d'outils nous ont ainsi été présentés pour permettre aux collectivités territoriales de répondre le mieux possible aux fins d'intérêt général. Les clauses anti-spéculatives semblent tellement exorbitantes du droit privé qu'on peut se demander si elles ne font pas entrer ces contrats dans le champ administratif. Les droits de préemption avec des prérogatives de puissance publique qui caractérisent l'action publique. Enfin, les SEM sont, à mon sens, des sociétés assez particulières. Elles n'ont de société que le nom.

Les collectivités locales ont-elle vraiment des libertés ? Pour Mme Cliquennois, les collectivités sont corsetées par toute une série de règles, y compris dans le champ domanial et lorsqu'elles veulent valoriser leur patrimoine. En France, nous avons beaucoup de règles,

chance pour certains, malchance pour d'autres... Nous en sommes à la quatrième ou cinquième loi de simplification du droit. En ce moment à l'assemblée, les parlementaires suppriment l'antichrèse, le bail emphytéotique disparaîtra lui aussi un jour, parce qu'« emphytéote » est un terme trop compliqué. Simplifier le doit consiste-t-il à changer le vocabulaire ? De nombreuses règles limitent les collectivités locales dans leur action. Cette complexité les empêche d'aller jusqu'au bout des activités d'intérêt général dont elles ont la charge. Le patrimoine est une illustration de la limitation de leurs moyens d'action. Celles qui essaient d'être créatives ne peuvent pas toujours être certaines de ne pas enfreindre une règle non encore identifiée et qui leur sera opposée un jour.

Aux étudiants, on apprend que le patrimoine est un ensemble. Le patrimoine n'est pas uniquement constitué d'actif, il y a aussi du passif. L'actif, ce serait les missions à accomplir, le passif, les contraintes qui pèsent sur les collectivités locales pour les réaliser.

Je voudrais terminer par un exemple, celui des cimetières. Les collectivités locales gèrent-elles leurs cimetières ? Il est a priori hors de question de valoriser un cimetière. Et pourtant, dans certains cimetières, certains emplacements pourraient être valorisés. Plus sérieusement cet exemple nous montre que tout n'est pas valorisable. Les communes ne vont pas installer des panneaux publicitaires pour acheter tel emplacement dans tel cimetière. J'ai été surpris de découvrir les tarifs du cimetière du Montparnasse à Paris qui ne sont pas aussi élevés qu'on aurait pu l'imaginer. Etre enterré à côté de gens illustres n'est pas forcément cher. Le cimetière est ainsi un bon exemple pour illustrer que les collectivités locales ont tout intérêt, d'abord, à apprendre à gérer leur patrimoine avant de vouloir le valoriser.

A l'évidence, cette journée fut riche avec des exposés précis et des exemples concrets. Dans les années à venir, nous nous apercevrons que le choix de ce thème était particulièrement judicieux.

Bureau de l'AFAC

Président : Cyrille BARDON
1^{er} Vice-Président : Pierre DEVARENNE
2^e Vice-Président : Pierre RICARD
Secrétaire Général : Jean CAPIAUX
Trésorier : Philippe CAMPOLO

Liste des Membres de l'AFAC

Maître ALBERTINI Jean-Luc
Les Marches du Palais
4 Avenue Pierre Semard
84000 AVIGNON.
04 90 85 06 58
alma@avocaweb.tm.fr

Maître BIZET Jean-François
D.S. AVOCATS
46 rue de Bassano
75008 – PARIS
01 53 67 50 00
bizet@dsavocats.com

Maître ALEXANDRE Jean-Claude
SCP De Bézenac
8 rue de l'Ecole
76000 – ROUEN
02 35 71 30 94
scpdebezenac@wanadoo.fr

Maître CAMPOLO Philippe
Cabinet LLC et associés
Le Diana Rue ZAMENHOF
83700 - SAINT-RAPHAËL
04 94 95 00 64
contact@llc-avocats.com

Maître BALESTAS Jean-Yves
6 Place R. Schumann
38000 – GRENOBLE
04 76 12 92 92
balestas-detroyat@wanadoo.fr

Maître Jean CAPIAUX
CABINET CAPIAUX
27, quai Anatole France
75007 - PARIS
01 44 42 99 60
avocat.capiaux@wanadoo.fr

Maître BARDON Cyrille
51 Bis rue de Miromesnil
75008 - PARIS
01 47 42 49 49
cyrille.bardon@bf2a-avocats.fr

Maître CATOL Joël
81 rue Moreau de Jonnes
97200 - FORT DE France
0 5 96 50 62 02
cabinet.catol@orange.fr

Maître BENOIT Loïc
2 rue Jehan Fouquet
37000 – TOURS
02 47 05 14 30
contact@loic-benoit-avocat.fr

Maître CEBRON de LISLE
23 rue de Clocheville
B.P. 1952
37019 – TOURS cédex 01
02 47 61 12 12
apbgcdl@wanadoo.fr

Maître CHAPON Gabrielle
42 Cours Clémenceau
33000 – BORDEAUX
05 57 14 05 05
gabrielle.chapon@cabinet-chapon.com

Maître CLIQUENNOIS Martine
abinet d'Avocats ADEKWA
85 rue du Molinel
59700 – MARCQ-EN-BAROEUL
03 20 65 65 80
m.cliquennois@adekwa-avocats.com

Maître COLOMES Xavier
38 rue Jaillant Deschaînets
10000 - TROYES
03 25 73 29 46
scpcolomes@hotmail.com

Maître DE CASTELNAU Régis
CABINET DE CASTELNAU
65 rue de Bercy
75012 - PARIS
01 44 54 23 20
info@castelnau.tm.fr

Maître DELPEUCH François
Avocat
21 avenue du Dr MALLET
15100 – SAINT-FLOUR
04 71 60 43 64
francoislicracantalquer@minitel.net

Maître DEVARENNE Pierre
CABINET DEVARENNE
16 cours d'Ormesson
51000 - CHALONS-EN-CHAMPAGNE
03 26 68 06 13
devarenne@devarenne-avocat.com

Maître GASCHIGNARD David
27 Quai Anatole France
75007 – PARIS
01 44 42 91 30
scpgg@yahoo.fr

Maître GERMANI Gérard
ARENICE
455, Promenade des Anglais
06299 – NICE cedex 3
04 93 18 07 77
g.germani@wanadoo.fr

Maître GRAU Richard
6 avenue Marceau
75008 – PARIS
01 44 09 27 60
richard.grau@wanadoo.fr

Maître HOURCABIE Aymeric
Cabinet H& G
241 Bd St Germain
75007 – PARIS
01 53 59 71 75
vincent.guinot@hg-avocats.com

Maître KERN Bruno
41 rue Réaumur
75003 – PARIS
01 44 61 96 96
Cabinet@brunokernavocats.com

Maître LEFORT Jérôme
Espace Valtech – RN 98
Rond Point de Valgora
83160 – La VALETTE du VAR
04 94 14 18 18
lavaletteduvar@llc-avocats.com

Maître LINGIBÉ Patrick
46 avenue de la Liberté B.P. 315
97327 – CAYENNE cedex
05 94 29 45 35
Patrick.lingibe@wanadoo.fr

Maître MARCHAND Frédéric
SCP CORNET
28 Bd de Launay
44000 - NANTES
02 40 44 70 70
fmarchand@corvinsegna.com

Maître MARCHESINI Grégory
Cabinet LLC - Parc Valgora
L'Impérial B
199 rue Ambroise Paré
83160 – La VALETTE du VAR
04 94 14 18 18
gregmarchesini@free.fr

Maître MASQUELIER Frédéric
98 Bd Félix Martin
83700 – SAINT-RAPHAËL
04 94 17 08 86
masquelier.avocat@wanadoo.fr

Maître MASSABIAU Alain
Le Florus Bat B
221 rue Jean Jaurès
83600 – FRÉJUS
04 94 95 13 15
alain.massabiau@avocazur.com

Maître MEILLIER Philippe
SCP LEFRANC BAVENCOFFE
MEILLIER
1 place de la Madeleine
62000 - ARRAS
03 21 21 32 01
lbma@wanadoo.fr

Maître MONTIGNY Gérard
SCP MONTIGNY & DOYEN
28, rue Victor Hugo
80000 AMIENS
03.22.71.72.73
montigny-doyen@wanadoo.fr

Maître REBOUL-SALZE
“ Le Carré Jaude ”
35 rue Bonnabaud
63000 – CLERMONT-FERRAND
04 73 17 13 85
avocats@auverjuris.fr

Maître RICARD Pierre
CABINET RICARD

73 av. Paul-Doumer
75016 PARIS
01 45 03 11 30
c53@wanadoo.fr

Maître ROUQUET Philippe
Bruno KERN Avocats Selas
« Grand Est » 18 rue Metzger
90000 – BELFORT
03 84 90 25 90
philippe.rouquet@brunokernavocats.com

Maître SAVOYE José
SCP SAVOYE-DAVAL
79 Bd Carnot
59800 – LILLE
03 20 06 82 06
savoie@avocaweb.tm.fr

Maître SOTTAS Francis
Cabinet SOTTAS
17 rue Pierre-Jean Grosley
10000 – TROYES
03 25 71 82 82
francis.sottas@wanadoo.fr

Maître THIBAUT Bernard
32 rue Charles Martel
54000 – NANCY
03 83 40 36 96
b.thibaut@avocats-nancy.com

Maître VIAL Bernard
CABINET VIAL
14 Bd Wilson
66000 – PERPIGNAN
05 68 51 22 29
eurolex-France@wanadoo.fr

Maître ZAGO Alexandre
Cabinet LLC et associés
Le Diana Rue ZAMENHOF
83700 - SAINT-RAPHAËL
04 94 95 00 64
saintraphael@llc-avocats.com