

Jérôme Michel*

PROTEGER ET VALORISER: ASPECTS DE LA CONTRACTUALISATION DE LA PROPRIETE PUBLIQUE

*UDK / UDC: 342.951 (44)
351.71 (44)*

DOI: 10.31141/zrpfjs.2025.62.156.285

*Izlaganje sa znanstvenog skupa / Conference paper
Primljeno / Received: 28.1.2025.*

Le sujet que je me propose de vous exposer dans les vingt minutes réglementaires serait apparu il y a quelques décennies encore comme l'énoncé d'un paradoxe. En effet, pendant longtemps, il semblait y avoir sinon comme une incompatibilité à tout le moins comme une frontière hermétique entre d'une part le domaine public et, d'autre part le droit de la commande publique, autrement dit entre un régime juridique très ancien, vénérable (édit de Moulins de 1566 du roi Charles IX), qui protège les composantes de la propriété publique, surtout lorsque celle-ci est affecté à l'usage du public et un *corpus* juridique – celui de la commande publique – imprégné par le droit de l'UE, marqué très largement par les principes du droit de la concurrence, de transparence et de liberté contractuelle.

En réalité, même à l'époque où la protection de la propriété publique était considérée comme un dogme du droit administratif français, il avait toujours été admis par exception, que la propriété publique puisse faire l'objet d'une activité économique, sous soit la forme d'une autorisation délivrée unilatéralement par l'administration et à titre précaire, soit sous la forme contractuelle de la concession.

Toutefois, à l'époque contemporaine, notamment marquée par l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques en 2006, la thématique de l'optimisation de la gestion du patrimoine public est devenue prégnante et constitue, dans un contexte de contraintes budgétaires très fortes, un enjeu de gestion publique pour l'Etat et les collectivités locales. L'état du droit, issu notamment d'une part des ordonnances n° du 23 juillet 2015 (transposant dans le champ législatif les directives de 2014 relatives aux marchés publics) et du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession transposant la directive 2014/23/UE, d'autre part, de l'ordonnance du 19 avril 2017 modifiant le code général de la propriété des personnes publiques (ci-après CGPPP) dans le but d'accroître l'efficacité de la gestion domaniale, est tel aujourd'hui que l'on peut parler sans abus de langage d'une propriété publique saisie par le droit de la commande publique ou encore, pour reprendre une formule désormais célèbre, d'un droit de la propriété publique gagné par un « un contractualisme d'atmosphère ».

* Conseiller d'État, délégué à l'exécution des décisions de justice, rapporteur à la section de l'administration

De quelle manière s'est opéré ce changement presque paradigmatique? Pour répondre à cette question, je me propose, dans un premier temps, de vous rappeler rapidement les principales étapes théoriques de cette contractualisation croissante de la propriété publique au terme de laquelle l'enjeu de la valorisation s'est imposé comme une évidence de gestion publique sans pour autant jeter à bas l'exigence de protection de cette même propriété publique.

Dans un second temps, j'envisagerai de manière cursive et sans prétendre à l'exhaustivité, quelques manifestations emblématiques de cette « contractualisation » du droit de la propriété publique.

1. LES PRINCIPALES ETAPES DE LA « CONTRACTUALISATION » DE LA PROPRIETE PUBLIQUE

1.1. La dissociation de la domanialité publique et de la propriété publique

La valorisation des biens publics n'a pas toujours été l'évidence qu'elle constitue aujourd'hui. Elle résulte, en réalité, d'une évolution qui a conduit à un changement de logique dans l'appréhension des biens publics et du patrimoine des personnes publiques.

L'idée selon laquelle les biens publics peuvent constituer une source financière n'est pas nouvelle. Elle est même ancienne dans la mesure où, sous l'Ancien Régime « le domaine constituait une part importante des ressources de la couronne ». Ce qui a changé, en revanche, c'est l'environnement entourant les biens publics. Ainsi, sous l'effet des contraintes budgétaires, les personnes publiques ont dû percevoir leur patrimoine non comme une seule charge financière résultant de leur entretien mais aussi et surtout comme une source significative de revenus résultant de leur exploitation.

Malgré cela, a longtemps prévalu l'idée que la protection du domaine public l'emportait sur sa valorisation lorsque celle-ci se heurtait aux principes de celle-là. Il a fallu attendre pour cela la reconfiguration du concept de domaine public marqué au sceau des grands principes de sa protection (imprescriptibilité, inaliénabilité, incessibilité, régime de police domaniale) qui a conduit à englober celui-ci dans le concept englobant, plus large, de propriété publique.

Le rapport sur *Le droit des propriétés publiques* adopté par la section du rapport et des études du Conseil d'État en juin 1986 a été le point de départ de la réflexion sur le renouvellement du concept de propriété publique. Ce rapport est articulé autour de deux idées majeures : le maintien de règles communes applicables à l'ensemble des biens des personnes publiques « du seul fait de la qualité du propriétaire » et la nécessité d'une réforme des règles de la domanialité publique afin d'adapter celles-ci aux différentes catégories de biens publics et permettre des assouplissements favorisant leur valorisation.

En 1997, la thèse du professeur Philippe Yolka, intitulée *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, a fortement contribué au renouvellement du concept de propriété publique. L'auteur proposait une définition exclusivement organique de la propriété publique qui renvoyait « au droit de propriété des personnes publiques, qui s'applique aux biens affectés ou non affectés à l'usage public ». Autrement dit, l'ambition de l'auteur tendait à qualifier sous le concept de propriété publique « la relation juridique entre une personne publique et les biens qui lui appartiennent ». Cette définition organique permet ainsi de dissocier les concepts de propriété et de domanialité. Elle rompt avec la théorie classique construite par Hauriou et Laubadère qui repose sur une confusion des notions de propriété administrative et d'affectation à l'utilité publique. Comme l'explique Yves Gaudemet dans sa préface à l'ouvrage de P. Yolka : « la propriété publique, entendue comme la propriété d'une personne publique sur un bien, n'absorbe pas la domanialité publique. [...] La domanialité est un régime d'affectation. [...] La domanialité publique apparaît alors comme une réglementation supplémentaire, s'ajoutant aux droits et obligations que la personne publique tient de sa qualité de propriétaire du bien ». Autrement dit, la propriété publique caractérise le droit de propriété dont disposent les personnes publiques sur leurs biens tandis que la domanialité publique est l'un des régimes possibles des biens publics justifié par l'affectation à l'utilité publique et qui se superpose au régime de la propriété publique.

1.2. L'émergence d'une nécessaire valorisation de la propriété publique

Comme le relevait Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État lors du colloque organisé le 6 juillet 2011 intitulé « La valorisation économique des propriétés des personnes publiques » : « si la notion de domaine public renvoie fondamentalement à l'idée de protection, la propriété suggère pour sa part la valorisation ».

Le thème de la valorisation des propriétés publiques renvoie ainsi à la dimension objective de la propriété : ce sont en effet les biens qui sont objet de propriété dont on entend augmenter la valeur. La valorisation postule que les biens publics sont des richesses qu'il s'agit de rentabiliser. D'où la nécessité de mettre à la disposition des personnes publiques de nouveaux outils qui ont contribué à rendre aujourd'hui complexe la distinction entre les contrats domaniaux (lesquels se sont colorés « d'esprit contractuel ») et les contrats de la commande publique ayant pour ancrage la propriété publique.

En effet, concernant les moyens nécessaires à la valorisation des biens publics, ceux-ci ont longtemps manqué aux personnes publiques. Cela avait d'ailleurs été relevé dès 1986 par le Conseil d'État dans le rapport déjà cité qui alertait sur le fait que les outils juridiques d'alors dont disposaient les personnes publiques étaient obsolètes, trop complexes, inadaptés et qu'il était devenu indispensable de les moderniser.

20 ans plus tard, ce fut chose faite avec l'entrée en vigueur du CGPPP le 1er juillet 2006 qui a remplacé l'approche classique fondée sur la distinction entre domaine public et domaine privé par une approche fondée, de manière plus transversale, sur la propriété.

Ce changement d'approche s'est ainsi accompagné d'un changement de logique. Les biens publics sont passés d'une logique de protection à une logique de valorisation. Pour autant, l'exigence de protection n'a pas disparu ainsi qu'en témoignent des dispositions gravées dans le marbre du CGPPP, tel l'article L2121-1 ou encore l'article L2122-1 qui dispose que « Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique [...] ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ».

Néanmoins, comme l'indiquait JM Sauvé dans l'intervention déjà citée, « La préservation des composantes fondamentales de l'intérêt général doit [...] s'articuler également avec la protection légitime des opérateurs économiques. » C'est cette nécessaire articulation qui explique ainsi l'apparition de nouvelles pratiques dans la manière de gérer le domaine public des personnes publiques mais aussi leur domaine privé et l'apparition d'une « contractualisation d'atmosphère », que j'évoquais plus haut, qui imprègne désormais le droit de la propriété publique.

2. LES MANIFESTATIONS EMBLEMATIQUE DE LA « CONTRACTUALISATION » DU DROIT DE LA PROPRIETE PUBLIQUE

Nous ne pouvons prétendre aujourd'hui présenter tous les aspects de cette coloration contractuelle du droit de la propriété publique. Nous avons retenu deux novations importantes et récentes qui en témoignent. La première concerne les conventions d'occupation temporaire. La seconde a trait à l'articulation nouvelle entre le droit de la propriété publique et le droit applicable à certains contrats de la commande publique.

2.1. Le titre d'occupation du domaine public au miroir du droit de concurrence

La convention d'occupation du domaine public n'est pas une figure nouvelle du droit public. Toutefois, longtemps cantonnée à la « concession de voirie » classique, ce visage bien connu vit depuis quelques années un renouveau, et ce pour deux raisons.

La première cause de ce renouveau est la prise de conscience que le domaine public est un lieu de création de richesses pour les opérateurs économiques, voire un lieu stratégique pour certains avec l'apparition contemporaine de ce que le géographe Michel Lussault appelle les « hyper-lieux », ces points nodaux de concentration de

la mondialisation, qui sont le plus souvent des dépendances du domaine public : l'aéroport Charles de Gaulle, le port de Marseille, le palais des festivals de Cannes ou le Louvre.

La seconde cause est ce que l'on nomme parfois la « nouvelle gestion publique », qui a conduit les personnes publiques à développer des outils contractuels associant une convention domaniale articulée à d'autres contrats pour faire financer des ouvrages publics, des services publics, ou des offres composites de biens et de services par des opérateurs privés occupant le domaine. Cela n'est pas nouveau, mais ce mouvement, lancé ou relayé par le législateur, s'est accru depuis dix à vingt ans.

Le phénomène le plus marquant (et qui a fait couler beaucoup d'encre) est la soumission des titres (autorisation ou convention) d'occupation domaniales à des procédures de mise en concurrence. Celle-ci a été imposée au droit français par le droit de l'Union européenne avec l'arrêt de la Cour de justice *Promoimpresa*, dite encore des « paillotes italiennes » du 14 juillet 2016, pris sur le fondement de la directive « service dans le marché intérieur », qui a officiellement conduit à l'adoption de l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à propriété des personnes publiques. L'ordonnance est donc venue « transposer » cette jurisprudence, en revenant sur une position antérieure du Conseil d'État fixée dans son arrêt de section., 3 déc. 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin c/ Sté Paris Tennis, relative à une convention d'occupation domaniale portant sur un stade et un vaste ensemble d'activités, position que la doctrine critiquait depuis de nombreuses années, et avec elle certains juges du fond et le Conseil de la concurrence.

L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 a mis à bas ce cadre juridique en créant une obligation de publicité et de sélection préalables visant à traduire en droit national les exigences de transparence et d'égalité dans l'attribution des titres d'occupation du domaine public.

Celle-ci a modifié le CGPPP en créant un article L. 2122-1-1 qui consacre le principe d'une publicité et d'une sélection préalables à toute délivrance d'un titre d'occupation. Elle insère également dans le code l'article L. 2122-1-4 qui dispose que « lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L. 2122-1 intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente ».

Toutefois, il est noter cette obligation de mise en concurrence n'est pas absolue. Elle ne s'applique pas au domaine privé. Ainsi pour un titre délivré par une collectivité locale sur son domaine privé (CE, 2 décembre 2022, Commune de Biarritz s'agissant de l'hôtel du Palais de Biarritz).

Cette extension des procédures concurrentielles révèle une proximité, parfois délicate en terme de qualification, entre les contrats domaniaux et ceux de la commande publique, sous l'influence du principe concurrentiel de l'article 101 du TFUE. Bien que les fondements en soient différents, on a pu voir apparaître un « droit général de la mise en concurrence » des activités économiques, issu

directement des traités européens. Ainsi, il apparaît aujourd'hui clairement que les notions d'occupation domaniale et de commande publique sont proches. Le principal point de rapprochement est la nécessité d'une « exploitation économique » réalisée sur une dépendance du domaine public qui renvoie à la notion « d'opérateur économique » qui qualifie les entités répondant aux contrats de la commande publique. L'activité économique sur le domaine peut prendre plusieurs formes qui correspondent aussi à celles des contrats de la commande publique. On pense ainsi à des services rendus aux usagers – visites de lieux historiques, prestations musicales – à des fournitures — par exemple des débits de boissons ou des restaurants, — ces prestations nécessitant bien souvent la construction de lieux de vente ou d'activité.

Dans le même sens signalons que la nécessité de promouvoir le domaine public comme un instrument de développement économique a conduit le législateur à reconnaître la possibilité pour la personne publique de délivrer des autorisations d'occupation temporaire (AOT) du domaine public constitutives de droits réels ou de conclure des baux emphytéotiques administratifs (BEA), aussi bien pour l'État et, dans certains cas, ses établissements publics que pour les collectivités locales, leurs établissements publics et les groupements de ces collectivités.

La reconnaissance des attributs du propriétaire au titulaire de ces autorisations d'occupation constitutives de droits réels permet à ce dernier de céder certains éléments des biens immobiliers qu'il édifie, de recourir au crédit-bail ou de consentir des sûretés réelles afin d'obtenir des financements pour l'exercice de son activité économique.

Au-delà de ces exemples, l'évolution contemporaine est marquée durablement par une articulation nouvelle entre propriété publique et commande publique dont nous allons dire maintenant quelques mots.

2.2. L'articulation nouvelle entre le droit de la propriété publique et le droit de la commande publique

L'adoption de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et celle de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession se sont traduites par une clarification de la frontière entre les autorisations d'occupation domaniale constitutives de droits réels d'une part, les marchés publics et les concessions d'autre part. Désormais, l'objet des premières est limité aux seules occupations domaniales, à l'exclusion de l'exécution de travaux, de la livraison de fournitures, de la prestation de services ou de la gestion d'une mission de service public.

Dans le cas où une occupation du domaine public est nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce dernier doit prévoir les conditions de cette occupation. Il doit notamment fixer le montant de la redevance d'occupation en fonction de l'économie générale du contrat, ce qui est susceptible de conduire, lorsque le contrat s'exécute au seul profit de la personne publique et par dérogation

aux principes généraux à ce que l'autorisation d'occupation soit délivrée à titre gratuit (art. L. 21251, dernier alinéa du CGPPP). En cas de passation d'un contrat de concession qui comporte une occupation du domaine public (comme en matière de concessions de plage), l'autorité chargée de la gestion du domaine peut, afin de le valoriser au mieux, prévoir que le montant de la redevance domaniale fasse partie des critères de sélection des offres, pourvu qu'elle fixe elle-même, au plus tard lors de l'attribution du contrat, le montant qui devra être versé par le candidat retenu (CE, 17 septembre 2018, Société Le Pagus).

Pour les marchés de partenariat et pour les contrats de concession, il est expressément prévu que, lorsqu'un tel marché ou contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. En ce qui concerne la reconnaissance de droits réels sur les constructions réalisées par le titulaire, la logique retenue est différente selon le type de contrat : dans le cas du marché de partenariat, cette reconnaissance est de principe, sauf clause contraire; dans le cas du contrat de concession, elle doit être expressément prévue par les stipulations du contrat (art. L. 3132-2 du CGPPP). Dans les deux cas, mais sous réserve d'une autorisation expresse préalable de la personne publique, le titulaire peut délivrer lui-même à des tiers des autorisations d'occupation du domaine public (art. L. 2233-1 et L. 3132-3 du CGPPP). Dans tous les cas, la personne publique doit cependant veiller à ce que les droits réels octroyés à son cocontractant ne portent pas atteinte à l'intégrité du domaine public ni à son affectation.

Cette articulation nouvelle n'est pas sans poser des difficultés, voir des dangers pour les opérateurs.

Ainsi, dans l'hypothèse où une autorisation d'occupation domaniale aurait en réalité pour objet la réalisation, au profit de la personne publique, d'une opération d'exécution de travaux, de livraison de fournitures, de prestation de services ou encore la dévolution d'une mission de service public, cette autorisation, quelle que soit sa forme, s'exposerait en cas de litige à une requalification par le juge. A cet égard, nous pouvons citer pour une telle requalification l'important avis contentieux du Conseil d'Etat du 22 janvier 2019 – conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine.

Dans le même sens, des autorisations d'occupation privative du domaine public qui étaient le support d'une activité de service public délégué ont pu être requalifiées en délégations de service public (CE ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg ; CE, 21 juin 2000, SARL plage « chez Joseph »). De telles autorisations d'occupation privative doivent être soumises aux règles de passation applicables aux contrats correspondants.

**

En conclusion, le professeur Yves Gaudemet ne croyait pas si bien dire lorsqu'il écrivait, en 1997, en préface de la thèse du Professeur Philippe Yolka (déjà cité) « Le droit de la propriété publique [...] est devenu aujourd'hui un droit de l'exploitation ». Plus d'un quart de siècle plus tard, cette affirmation semble plus que jamais

d'actualité au regard des nouvelles pratiques contractuelles de la valorisation des biens publics qu'il s'agisse des anciennes pratiques qui ont été modernisées, des pratiques inédites ou encore des pratiques qu'il reste à explorer.