

**BIENS - PROPRIÉTÉS PUBLIQUES**

**APPORTS DES ANNÉES - 2012 - 2013 - FRANCE**

*(Septembre 2013)*

**Jean Philippe ORLANDINI<sup>1</sup>**

---

**INDEX :**

**1. L'IDENTIFICATION « DUALE » DU DOMAINE PUBLIC**

*1.1 L'application du CGPPP dans le temps*

*1.2 La confusion dans l'application des critères de la domanialité publique*

**2. L'UTILISATION PRIVATIVE DU DOMAINE PUBLIC**

*2.1 Les conditions de délivrance de l'autorisation d'occupation domaniale*

*2.2 Propriété et gestion des biens nécessaires au service public*

*2.3 Les redevances d'occupation domaniale*

*2.4 La fin de l'occupation privative du domaine public*

Le professeur Lavialle avait commencé cette précédente chronique sur la consécration, depuis l'entrée en vigueur en 2006 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), d'une approche « propriétaire » des biens de l'administration. Sept ans plus tard, la publication de certaines parties réglementaires du code et l'analyse de la jurisprudence récente n'ont pas remis en cause de tels propos. Pourtant, l'arrivée du CGPPP n'a pas empêché la persistance de certains principes jurisprudentiels utilisés jusqu'alors. Une telle situation est source de complexité et parfois même d'incertitudes. Elle impose au juge une modulation des effets dans le temps du CGPPP qui le conduit à adopter une démarche duale dans la définition de la domanialité publique (I). Au delà de ces difficultés et dans un contexte économique difficile, les personnes publiques ont pris pleinement conscience des ressources qu'elles peuvent tirer de l'exploitation de leurs domaines. Elles n'hésitent plus aujourd'hui à valoriser ces dépendances en octroyant des autorisations d'occupation aux personnes privées. L'expansion de l'utilisation privative du domaine semble ainsi confirmer la transition de l'approche propriétaire vers une démarche patrimoniale (II).

---

<sup>1</sup> Doctorant – Institut Maurice Hauriou - Université Toulouse 1 Capitole

## 1. « L'IDENTIFICATION DU DOMAINE PUBLIC »

### 1.1 *L'application du CGPPP dans le temps*

*L'entrée en vigueur du CGPPP ne vaut pas déclassement des biens antérieurement incorporés au domaine public*

La codification du droit des propriétés publiques par voie d'ordonnance et l'introduction du CGPPP a suscité certains doutes quand à son application dans le temps. En effet, la définition législative du domaine public de l'article L. 2111-1 du CGPPP, diffère à certains égards, en apparence minimes, de celle jurisprudentielle. C'est notamment le cas à propos du critère de l'aménagement qui traduit la volonté de retrouver sa vocation réductrice. Qu'en est-il d'un bien qui appartenait au domaine public par application des critères jurisprudentiels et qui ne répondrait plus à ceux du CGPPP ?

Conformément au principe de non rétroactivité de la loi, les juges du fond puis le Conseil d'État ont dans un premier temps, à l'occasion de litiges nés antérieurement à l'entrée du code, apprécié la domanialité publique du bien au regard des critères jurisprudentiels<sup>2</sup>. Puis dans un second temps, deux arrêts sont venus fixer la solution pour les litiges nés postérieurement à l'entrée en vigueur du code. La haute juridiction administrative considère que « les biens entrés dans le domaine public avant le 1er juillet 2006 sous l'empire des critères jurisprudentiels restent des dépendances du domaine public, quand bien même ils ne répondraient plus aux conditions de l'article L. 2111-1 du CGPPP, dans la mesure où aucune disposition de ce code ne vaut déclassement législatif de tels biens »<sup>3</sup>. Le Conseil d'État, en 2013 a confirmé clairement cette position dans l'arrêt « ATLALR », en considérant « qu'avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du Code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance d'un bien au domaine public était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné (et) qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui (...) ne rempliraient pas l'une des conditions fixées depuis le 1er juillet 2006 par l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (...) »<sup>4</sup>.

#### *La domanialité publique virtuelle et le critère de l'aménagement*

L'arrêt « ATLALR », au delà de préciser les conditions d'application dans le temps des critères de la domanialité, mérite d'être mentionné à un autre titre. Le Conseil d'État, s'il n'y fait pas expressément

---

<sup>2</sup> CE, sect., 28 déc. 2009, *Sté Brasserie du Théâtre*, req. n° 290937 ; *Rec.* 2009, p. 528 ; *AJDA* 2010, p. 6 ; *AJDA* 2010, p. 841, note FÉVROT (O.) ; *BJCL* 2010, p. 274, concl. OLLÉON (L.), obs. MARTIN (J.) ; *BJCP* 2010, p. 125, concl. OLLÉON (L.), obs. MAUGUÉ (C.) ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 190, note TOUZEAU (L.) ; *Dr. adm.* 2010, comm. 22, note MELLERAY (F.) ; *JCP A* 2010, 2197, note CHAMARD-HEIM (C.) ; *CAA Lyon*, 29 avr. 2008, *Sté Boucherie André c/ RFF* ; *AJDA* 2008, p. 2338, note ANDREANI (J.) ; *RD imm.* 2008, p. 552, note FÉVROT (O.)

<sup>3</sup> CE, 3 oct. 2012, *Commune de Port-Vendres*, Req. n° 353915 ; LELEU (T.), « À propos de la domanialité publique virtuelle », *Dr. Adm.* n° 7, Juill. 2013 ; FATOME (E.), RAUNET (M.), LÉONETTI, « L'application dans le temps de la définition du domaine public posée à l'article L. 2111-1 du CGPPP », *AJDA* 2013, p. 471

<sup>4</sup> CE, 8 avr. 2013, *Assoc. ATLALR*, req. n° 363738 ; *AJDA* 2013, p. 764 ; COSSALTER (P.), « Les habits neufs de l'Empereur ou la théorie de la domanialité publique virtuelle de la domanialité publique, *Revue générale du droit on line*, 2013, n° 7252.

référence, fonde la solution de la domanialité publique sur la théorie de la domanialité virtuelle. Cette théorie permet de soumettre un bien à la domanialité publique, bien qu'un des critères de finition, notamment celui de la réalisation des aménagements, fasse défaut<sup>5</sup>.

Dans l'arrêt « ATLALR », les parcelles en cause avaient été acquises par l'État en vue d'être aménagées dans le cadre d'un projet de raccordement autoroutier déclaré d'utilité publique. Ce dernier ayant été modifié, les parcelles n'ont finalement jamais été aménagées. Le Conseil d'État rappelle « qu'avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du Code général de la propriété des personnes publiques (...) le fait de prévoir de façon certaine un tel aménagement du bien concerné impliquait que celui-ci était soumis, dès ce moment, aux principes de la domanialité publique » et considère « qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui, n'ayant encore fait l'objet d'aucun aménagement, appartenaient antérieurement au domaine public en application de la règle énoncée ci-dessus »<sup>6</sup>. Ainsi, l'absence de réalisation des infrastructures, « est sans incidence (...) sur leur appartenance au domaine public », car l'affectation au service public était prévue de façon certaine (par la déclaration d'utilité publique).

Par contre, si le juge maintient la domanialité publique virtuelle pour les biens soumis à la domanialité publique avant 2006, il semble la condamner pour les biens soumis à l'application du CGPPP. L'utilisation de l'adverbe « déjà » par la haute juridiction semble ainsi empêcher la réitération de la solution de l'arrêt « ATLALR » *post* CGPPP. Il convient tout de même de préciser que si le juge ne semble pas admettre, en application de l'article L. 2111-1 du CGPPP, la domanialité d'un bien n'ayant pas encore été aménagé, il reste cependant silencieux sur l'hypothèse d'un bien affecté dont l'aménagement aurait été commencé sans pour autant être terminé.

Le recours à théorie de la domanialité publique virtuelle doit s'analyser dans une perspective plus large d'interprétation de la condition d'aménagement indispensable.

On sait que le recours à l'adjectif « indispensable » en lieu et place de spécial, avait vocation à circonscrire l'application de la domanialité publique. Il n'est pas sûr que cet objectif se soit finalement réalisé sept ans après le CGPPP<sup>7</sup>. Le Conseil d'État en 2012 a jugé dans l'arrêt d'assemblée « Commune de Douai » que « lorsque des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, et ainsi constitutifs d'aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service, sont établis sur la propriété d'une personne publique, ils relèvent de ce fait du régime de la domanialité publique (...) »<sup>8</sup>. On peut en déduire que tout bien affecté à un

---

<sup>5</sup> V. FATOME (E.) et MOREAU (J.), *AJDA* 1985, p. 620 ; CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit foncier de France*, req. n° 41589 ; *RFDA* 1996, p. 21, concl. GENEVOIS (B.)

<sup>6</sup> CE, 8 avr. 2013, *Assoc. ATLALR*, req n° 363738, *préc.*

<sup>7</sup> FATOME (E.), « La consistance du domaine public immobilier, sept ans après le CGPPP », *AJDA* 2013, p. 965

<sup>8</sup> CE, ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, req. n° 342788, Lebon ; *AJDA* 2013, p. 457, chron. DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.) ; CAPITANT (D.), *D.* 2013, p. 252 ; *AJCT* 2013, p. 91, obs. DIDRICHE (O.) ; *RFDA* 2013, p. 25, concl. DACOSTA (B.) ; *BJCP* 2013, n° 87, concl. DACOSTA (B.) et obs. C. M. ; *Contrats Marchés publ.* 2013, n° 2, F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAU et n° 41, note G. ECKERT ; *Dr. adm.* 2013, n° 20, note G. EVEILLARD ; FATOME (E.) et TERNEYRE (P.), « Le statut des biens des délégations de service public », *AJDA* 2013, p. 724

service public et nécessaire à son fonctionnement doit être considéré comme ayant fait l'objet d'un aménagement indispensable. La solution s'inscrit dans le prolongement des commentaires de la doctrine sur la rédaction de l'article L. 2111-1 du CGPPP<sup>9</sup>. Ainsi, et contrairement à ce que l'on aurait pu penser, la réalisation de l'aménagement indispensable ne doit pas avoir été totalement achevée, un simple commencement suffit à entraîner l'application de la domanialité publique.

L'arrêt « ATLALR » confirme et pousse à l'extrême une telle interprétation. Dans cette espèce les aménagements n'ont jamais été réalisés et l'affectation de ces dépendances ne s'est jamais concrétisée. Alors même qu'il ne remplirait plus l'une des conditions de l'article L. 2111-1 du CGPPP, un bien, dont l'affectation et l'aménagement à un service public avaient été prévu de façon certaine avant le 1<sup>er</sup> mars 2006 est soumis aux règles de la domanialité publique et au surplus, incorporé dans le domaine public.

### *La domanialité publique globale*

La jurisprudence administrative récente continue de préciser l'application du code et ses rapports avec la jurisprudence antérieure. Le Conseil d'État, dans l'affaire « SCP Mercadier et Krantz »<sup>10</sup> « éclaire l'état du droit quant au sort de la domanialité globale, expression extrême de la domanialité publique par accession qui a déjà fait couler beaucoup d'encre »<sup>11</sup>. À l'occasion d'une action en responsabilité engagée contre un office notarial, le juge administratif, saisi par voie préjudicielle, a du déterminer le régime domanial des casernes de gendarmerie.

La domanialité publique globale, à quelques exceptions près<sup>12</sup>, n'a pas été consacrée explicitement par le CGPPP. Quand à la domanialité publique par accessoire, bien que les faits soient antérieurs à l'entrée en vigueur du code, le Conseil d'État, dans l'affaire « Sté Brasserie du théâtre » avait rejeté la domanialité publique de locaux situés dans le même immeuble que le théâtre municipal et disposant de communications internes permettant d'y assurer des prestations de restauration<sup>13</sup>. Cette espèce avait laissé l'impression d'un durcissement jurisprudentiel, en cohérence avec la rédaction restrictive de l'article L. 2111-2 du CGPPP selon lequel « font également partie du domaine public, les biens des personnes publiques (...) qui concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indispensable ».

Dans l'arrêt « SCP Mercadier et Krantz », le juge administratif rappelle la définition du domaine public immobilier, avant de l'appliquer à la caserne. Il constate que l'immeuble, composé des différents bâtiments de la caserne, « était affecté au service public de la gendarmerie » et qu'à cet effet, chacun de ces bâtiments, disposant

---

<sup>9</sup> BACHELIER (G.), Spécial, indispensable, global, virtuel : trop d'adjectifs pour le domaine public immobilier ?, *AJDA* 2013 p. 960 ; MAUGUE (C.), BACHELIER (G.), « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073 et s.

<sup>10</sup> CE, 7 mai 2012, *SCP Mercadier et Krantz*, req. n° 342107, *AJDA* 2012, p. 979

<sup>11</sup> FOULQUIER (N.), « La domanialité publique globale d'une ancienne gendarmerie », *AJDA* 2013 p. 1172

<sup>12</sup> V. pour les ports fluviaux et maritimes (art. L. 2111-10, 4° et art. L. 2111-6, 2° du CGPPP) ainsi pour les aéroports (art. L. 2111-16 du CGPPP)

<sup>13</sup> CE, sect., 28 déc. 2009, *Société Brasserie du théâtre*, préc.

de chambres de sûreté, de bureaux, et de salles d'archives, devait être considéré comme « aménagé en vue de son affectation à ce service public ». Le juge, s'appuyant sur un des critères de la domanialité par accessoire, considère enfin que les différents logements des gendarmes ne sont pas dissociables du reste de la caserne et que par conséquent « cet immeuble appartenait dans son ensemble au domaine public de la commune ». « L'effet attractif de la domanialité publique ne joue pas au sein d'un périmètre (comme ce fut le cas pour les ports ou aéroports) mais à l'intérieur d'un même bâtiment »<sup>14</sup>.

On remarquera tout de même une solution similaire à la jurisprudence « Brasserie du théâtre » retenue par la cour administrative d'appel de Bordeaux en décembre 2012. Le juge administratif considère en l'espèce « que, même s'ils sont situés dans un ensemble immobilier partiellement utilisé par le service public des remontées mécaniques du domaine skiable du Lys, faisant partie de la station de ski de Cauterets, les locaux exploités par la Société hôtelière Bigourdane n'ont jamais été affectés ni à l'usage direct du public ni à ce service public ; que ces locaux sont situés au niveau supérieur du bâtiment séparé construit pour accueillir l'ancienne gare d'arrivée du téléphérique ; qu'ils disposent de deux accès particuliers, depuis le rez-de-chaussée et la terrasse de cette ancienne gare, ne desservant que les locaux exploités par la Société hôtelière Bigourdane à l'exclusion de tout autre équipement propre au domaine skiable du Lys ; que ces aménagements, qui ne sont pas étroitement reliés à la gare du téléphérique et peuvent être accessibles directement depuis les pistes de ski, ne sont d'aucune utilité pour le service public des remontées mécaniques ; qu'ils ne sauraient être regardés comme un accessoire des équipements publics et ne constituent pas des dépendances du domaine public géré par la Régie municipale "Espaces Cauterets" »<sup>15</sup>.

### ***1.2 La confusion dans l'application des critères de la domanialité publique***

L'entrée en vigueur du CGPPP, si elle est de nature à entraîner des difficultés d'application dans le temps en raison des divergences entre les solutions jurisprudentielles antérieures et celles du code, aura eu le mérite de ne pas remettre en cause les deux principaux critères de la domanialité publique immobilière que sont la propriété et l'affectation. La lecture de l'article L. 2111-1 du CGPPP confirme leurs caractères cumulatif et autonome.

Pourtant quelques arrêts récents, plus ou moins remarqués, révèlent une certaine confusion dans leur utilisation et leur application par le juge.

Le Conseil d'État, dans l'affaire « Département des Alpes-Maritimes », en tant que juge d'appel, était saisi à la suite d'une décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence par laquelle elle sursoit à statuer jusqu'à ce que le juge administratif se soit prononcé sur la propriété d'un mur qui avait fait l'objet de travaux confortatifs par le département à la suite d'importantes pluies<sup>16</sup>. La rédaction d'une telle question ne manquera pas de surprendre quand on sait que le juge judiciaire est en principe compétent pour déterminer la propriété d'un bien.

---

<sup>14</sup> FOULQUIER (N.), « La domanialité publique globale d'une ancienne gendarmerie », *préc.*

<sup>15</sup> CAA Bordeaux, 20 décembre 2012, *Régie municipale « Espace Cauterets »*, n° 11BX03303, AJDA 2013, p. 830

<sup>16</sup> CE, 23 janv. 2012, *Département des Alpes-Maritimes*, req. n° 334360

Le Conseil d'État se réapproprie la question et considère que cette dernière ne devait « être comprise que comme renvoyant à la juridiction administrative la question de l'appartenance de ce mur au domaine public ». En l'absence de titres privés soulevant une difficulté sérieuse, le juge administratif retrouve sa compétence dans la détermination de la domanialité publique<sup>17</sup>. Le Conseil d'État, en l'absence de titre de propriété, constate que le mur « est nécessaire à la sécurité de la circulation sur la voie départementale » et « qu'il doit par suite être regardé comme un accessoire de (cette dernière) ». Par conséquent, en application de la théorie jurisprudentielle de l'accessoire, le juge considère que le mur appartient au domaine public. Le critère de la propriété du bien par une personne publique se déduit ainsi de son affectation. Les notions de propriété et d'affectation sont ici « indissociables, (sinon) à tout le moins enchevêtrées »<sup>18</sup>.

Dans une autre espèce similaire, le Conseil d'État en 2013, toujours en l'absence de certitude à propos de la propos de la propriété, a fait à nouveau prévaloir la domanialité publique d'un mur de soutènement d'une voie publique<sup>19</sup>. En revanche, la cour administrative d'appel de Marseille dans un arrêt du 28 mai 2013, a refusé de retenir la domanialité publique d'une digue supportant une voie départementale au motif qu'aucun élément ne permet de définir avec certitude l'auteur de l'ouvrage ou le propriétaire du fond<sup>20</sup>. Le juriste en quête de cohérence, à la lecture de ces jurisprudences, n'éprouvera qu'un sentiment de désordre et d'incohérence.

Cette confusion se retrouve également dans une série d'arrêts rendus par le tribunal des conflits. Il convient de remarquer que le juge s'attache à déterminer les questions de compétences qui lui sont soumises. Il se place ainsi dans une position pragmatique qui conduit parfois à passer sous silence certains aspects du raisonnement et notamment l'utilisation du critère de la propriété dans la détermination de la propriété publique.

À la suite de travaux de réaménagement de la voirie et de l'assainissement, les consorts Orcières perdent un droit d'eau concédé par la commune de Rambaud qui leur permettait d'acheminer jusqu'à leur propriété le trop plein de la fontaine-lavoir communale. Ils assignent la commune devant le juge judiciaire qui se déclare incompétent au motif que l'eau qui alimente une fontaine est elle même publique et fait partie du domaine public. Le juge administratif, au fond, va pourtant considérer qu'en l'absence d'affectation, l'eau surabondante fait partie du domaine privé de la commune et relève de la compétence du juge judiciaire. Le tribunal des conflits, dans l'arrêt du 18 mars 2013, se fonde sur une jurisprudence judiciaire ancienne et constante pour annuler le jugement du tribunal administratif. Il retient finalement la compétence du juge administratif au motif « que les eaux de source ainsi captées par la commune et destinées à l'alimentation d'une fontaine publique, de même que les eaux surabondantes s'écoulant de cette fontaine, appartiennent au domaine public de la commune »<sup>21</sup>. Conclure à la domanialité publique de l'eau sous-entend de reconnaître aux personnes publiques, la qualité de propriétaire de ces eaux ce qui apparaît en partie contestable pour l'eau qui est

---

<sup>17</sup> CE, sect., 16 nov. 1960, *Commune Bugue*, *Rec.* 1960, p. 627 ; CE, 29 juin 1990, *Marquassuzaa*, req. n° 77011, *Rec.* 1990, p. 188.

<sup>18</sup> MELLERAY (F.), « Propriété et domanialité d'un mur », *Dr. Adm.* n° 4, Avril 2012, comm. 36.

<sup>19</sup> CE, 15 mai 2013, *Cne Villeneuve-les-Avignon*, req. n° 354593

<sup>20</sup> CAA Marseille, 28 mai 2013, *Département de l'Aude*, req. n° 11MA04426, *Dr. Adm.* n° 8, Août 2013, comm. 64, Note JM. Février

<sup>21</sup> T. Confl., 18 mars 2013, *MM. Orcière c/ Commune de Rambaud*, n° 3887 ; *AJDA* 2013, p. 662 ; *JCP A.* juin 2013, p. 35, Note Ch.-A. Dubreuil ; *Revue Lamy CT*, Mai 2013, Note M-C Rouault

habituellement considérée comme une *res communis*. La notion de propriété publique semble ainsi se déduire de celle de domanialité publique<sup>22</sup>.

Dans une deuxième espèce<sup>23</sup>, le tribunal des conflits écarte l'application de la loi du 24 juillet 1937 qui « a institué une procédure judiciaire de constatation et de réparation des dommages causés aux cultures par le gibier ». Le tribunal retient que les dégâts causés par du gibier provenant du domaine public militaire sont de la compétence du tribunal administratif au motif que ces troubles relèvent de la gestion du domaine public. Le gibier, qui est habituellement tenu pour une *res nullius*<sup>24</sup>, est en principe une chose qui n'appartient à personne mais qui peut être appropriée.

Il semble ressortir de cet arrêt, que le simple fait pour le gibier de provenir d'une dépendance du domaine public suffise pour lui appliquer une partie du régime de la domanialité publique et en déduire la compétence du juge administratif.

## **2. L'UTILISATION PRIVATIVE DU DOMAINE PUBLIC**

Le domaine public a en principe vocation à être utilisé soit directement par le public, soit par les services publics. Cette utilisation doit toujours être conforme à l'affectation de la dépendance. Si « l'usage collectif » implique en général le principe de gratuité, il n'exclut pas dans certains cas certaines utilisations privatives pourvu qu'elles soient également compatibles avec l'affectation.

L'utilisation privative du domaine public implique la délivrance d'un titre à l'occupant. Cette autorisation expresse est délivrée pour une durée limitée et à un caractère personnel. Ainsi, « sauf dispositions légales spéciales », le titre d'occupation n'est pas cessible<sup>25</sup>. Dans la même logique, la cour administrative d'appel de Bordeaux a retenu que tout avenant d'un contrat d'occupation du domaine public prévoyant la cession de ce dernier à une autre société « doit être regardé comme une nouvelle autorisation d'occupation du domaine public délivrée (à la société) aux conditions de la première convention »<sup>26</sup>.

### ***2.1 Les conditions de délivrance de l'autorisation d'occupation domaniale***

#### *Occupation du domaine public, liberté du commerce et de l'industrie et droit de la concurrence*

La frontière entre les différents contrats publics est parfois mince. Pourtant à bien regarder les autorisations (unilatérales ou conventionnelles) d'occupation du domaine public et les délégations de service public ou les marchés publics, leurs régimes de passation sont soumis à des obligations qui varient en fonction

---

<sup>22</sup> ORLANDINI (J-Ph.), « Les eaux des fontaines publiques, une nouvelle source du domaine public », à paraître.

<sup>23</sup> T. Confl., 13 mai 2013, *Fédération départementale des chasseurs*, n° 3899 ; *AJDA* 2013, p. 1029

<sup>24</sup> Versailles, 27 sept. 1983, *Gaz.Pal.* 1984, I, p. 223

<sup>25</sup> CE, 31 juill. 2009, *Sté Jonathan Loisirs*, req. n° 316534, *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 332, note G. Eckert

<sup>26</sup> CAA Bordeaux, 14 mars 2013, *École nationale supérieure des techniques industrielles et des mines d'Albi*, req. n° 11BX03091, *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 147,

de leur nature. On sait que depuis 2010 et l'affaire du « stade Jean Bouin », « aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe (n'impose) à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance (...) »<sup>27</sup>. Cette solution, largement critiquée par la doctrine, en raison d'une soumission croissante des contrats publics à des obligations de publicité et de mise en concurrence est pourtant régulièrement rappelée et confirmée par le Conseil d'État.

Dans un arrêt rendu le 15 mai 2013, le Conseil d'Etat a jugé que le contrat ayant pour objet notamment l'installation et l'exploitation des célèbres « colonnes Morris », dédiées à l'annonce de manifestations culturelles dans la capitale, ne constitue ni un marché public, ni une délégation de service public mais bien une convention d'occupation du domaine public et que dès lors « les moyens tirés d'une méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics ne peuvent, par suite, qu'être écartés »<sup>28</sup>.

Dans un contexte contentieux risqué, les personnes publiques n'hésitent plus aujourd'hui, à se soumettre volontairement à de telles procédures. À titre d'exemple, la SNCF met régulièrement en concurrence les contrats d'exploitation des panneaux publicitaires ou même les emplacements pour la distribution des journaux gratuits. Ces précautions n'ont pas empêché le Conseil d'État de rendre, le 23 mai 2012 son arrêt « RATP », à la suite d'un recours contentieux engagé par un concurrent évincé à la suite de la mise en concurrence des autorisations d'occupation du domaine public. La société requérante invoquait devant le juge administratif une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'État ne fait pas droit à la demande et considère en effet que la décision de l'autorité compétente de délivrer ou non une autorisation d'occupation du domaine public « n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, dont le respect implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de service exercées par des tiers des restrictions qui ne sont pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elle-même en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public »<sup>29</sup>. Ainsi, même si l'administration est soumise dans la délivrance de ses titres au respect du droit de la concurrence<sup>30</sup>, la haute

---

<sup>27</sup> CE, sect., 3 déc. 2010, *Ville Paris et Assoc. Jean Bouin*, req. n° 338272, Rec. CE 2010, p. 472 ; *AJDA* 2010, p. 2011, note NICINSKI (S.) et GLASER (E.) ; *JCP A* 2011, 2043, note DEVÈS (Cl.) ; *JCP A* 2010, p. 926 ; *AJCT* 2011, p. 37, obs. DREYFUS (J.-D.) ; *RTDE* 2011, p. 496, note KOVAR (J.-Ph.) ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 25, note ECKERT (G.) ; *Dr. adm.* 2011, comm. 17, note BRENET (F.) et MELLERAY (F.) ; *RDI* 2011, p. 162, note BRACONNIER (S.) et NOGUELLOU (R.) ; CE, 23 déc. 2011, *Association Paris Tennis*, req. n° 346860.

<sup>28</sup> CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris (c./ Sté CBS Outdoor)* req. n° 364593, *AJDA* 2013, p. 1023

<sup>29</sup> CE, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens (RATP)*, req. n° 348909, Lebon ; *AJDA* 2012., p. 1037, 1129, tribune BRACONNIER (S.) et p. 1146, étude LOMBARD (M.), NICINSKI (S.) et GLASER (E.) ; *RDI* 2012, p. 566, obs. FOULQUIER (N.) ; *AJCT* 2012, p. 445, obs. JUILLES (A.-S.) ; *RFDA* 2012, p. 1181, note NICINSKI (S.) ; *BJCP* 2012, p. 291, concl. BOULOUIS (N.) et obs. R. S.

<sup>30</sup> CE, sect., 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*, req. n° 169907 Rec. CE 1997, p. 406, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 1997, p. 945, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud ; *CJEG* 1997, p. 441, concl. ; *RD publ.* 1998, p. 256, note Y. Gaudemet ; *RFDA* 1997, p. 1228, concl. ; *GAJA*, 18e éd., n° 99 ; CE, sect., 26 mars 1999, *Sté Hertz ; Sté EDA* ; Rec. CE 1999, p. 96, concl. ; *AJDA* 1999, p.427, concl. et note M. Bazex ; *CJEG* 1999, p.264, concl. ; *D.* 2000, p.204, note J.-P. Markus ; *RDP* 1999, p. 1545, note C. Manson ; *RFDA* 1997, p. 977, note D. Pouyaud

juridiction refuse de faire primer les libertés économiques sur la liberté accordée aux personnes publiques gestionnaires de leurs domaines<sup>31</sup>.

### *Le caractère intuitu personae des conventions d'occupation*

Une société titulaire d'une convention d'occupation du domaine public ne peut céder par voie d'avenant cette autorisation à une autre société. La cour administrative d'appel de Bordeaux, considère, eu égard au caractère intuitu personae des autorisations d'occupation du domaine public, qu'un tel avenant « doit être regardé comme une nouvelle autorisation d'occupation du domaine public délivrée (à la société) aux conditions de la première convention »<sup>32</sup>.

## **2.2 Propriété et gestion des biens nécessaires au service public**

### *Le statut des biens de retour*

La gestion déléguée de certains services publics implique souvent pour le concessionnaire, une utilisation privative des biens de la personne publique concédante. Le Conseil d'État, dans l'arrêt « Commune de Douai », rendu en assemblée du contentieux le 21 décembre, est venu préciser le régime de ces biens délégués et plus particulièrement de celui des biens dits « de retour »<sup>33</sup>.

Les biens de retours sont habituellement définis comme « l'ensemble des biens nécessaires (indispensables) au fonctionnement du service (...) »<sup>34</sup>. Il ne faut pas les confondre avec les biens de reprise, qui sont simplement « utiles »<sup>35</sup> au service et qui peuvent en fin de contrat être repris par la personne publique moyennant une indemnité ni avec les biens propres utilisés par le concessionnaire, qui ne sont ni nécessaires ni indispensables au service.

Le Conseil d'État devait trancher un litige opposant la commune de Douai et la société ERDF, titulaire d'une concession de distribution d'électricité, à propos de la propriété d'immeubles de logements et de bureaux réalisés dans le cadre de cette concession. En l'occurrence, le travail d'inventaire, à défaut d'avoir été effectué par le concessionnaire a finalement été effectué par le Conseil d'État qui en a profité pour éclairer les dispositions applicables aux biens dans les délégations de service public.

---

<sup>31</sup> BRENET (F.), « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public », *DA*, n° 11, Novembre 2012, comm. 89

<sup>32</sup> CAA Bordeaux, 14 mars 2013, *École nationale supérieure des techniques industrielles et des mines d'Albi*, n° 11BX03091, *Contrats et Marchés publ.* n° 5, Mai 2013, comm. 147

<sup>33</sup> CE, ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, req. n° 342788, Lebon ; *AJDA* 2013, p. 457, chron. DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.) ; CAPITANT (D.), *D.* 2013, p. 252 ; *AJCT* 2013, p. 91, obs. DIDRICHE (O.) ; *RFDA* 2013, p. 25, concl. DACOSTA (B.) ; *BJCP* 2013, n° 87, concl. DACOSTA (B.) et obs. C. M. ; *Contrats Marchés publ.* 2013, n° 2, F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAU et n° 41, note G. ECKERT ; *Dr. adm.* 2013, n° 20, note G. EVEILLARD ; FATOME (E.) et TERNEYRE (P.), « Le statut des biens des délégations de service public », *AJDA* 2013, p. 724

<sup>34</sup> CE, sect. travaux publ., avis, 19 avr. 2005, n° 371234, *EDCE* 2005, p. 197

<sup>35</sup> RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 8e éd., LGDJ, 2012, § 1212.

La répartition de ces différents biens doit faire l'objet d'une grande attention car ils sont soumis à un régime juridique variable. Les biens de retour, en raison de leur importance appartiennent dès leur acquisition ou dès leur achèvement à la personne publique, la formule « *ab initio* » étant généralement employée.

Le Conseil d'État a dans un premier temps écarté la volonté des parties dans la détermination et la répartition de ces biens, le conduisant à exclure l'appropriation privée d'un bien affecté et indispensable au service public<sup>36</sup>. L'appropriation publique et leur soumission au régime de la domanialité publique apparaissent en effet comme un moyen privilégié pour garantir leur affectation à l'utilité publique. Pour autant, le Conseil Constitutionnel considère que ce moyen privilégié n'est pas exclusif pour garantir la continuité du service public<sup>37</sup>. Dans le prolongement de cette idée, la cour administrative d'appel de Lyon, a ainsi jugé en 2012, à propos des remontées mécaniques d'une station de ski, que « d'une part, la conclusion d'une délégation de service public des remontées mécaniques ne saurait être subordonnée au fait que la collectivité délégante se rende préalablement propriétaire des équipements nécessaires au service public et d'autre part, que le « principe » selon lequel « les biens nécessaires au fonctionnement du service public appartiennent à la collectivité concédante dès l'origine » est écarté lorsque le délégataire en est propriétaire avant la conclusion de la délégation »<sup>38</sup>. Ainsi, le fait pour un bien indispensable au service public, d'être déjà la propriété du cocontractant avant la conclusion d'une délégation ou alors qu'une telle installation soit soumise au régime de la copropriété<sup>39</sup>, font échec à l'application de la théorie des biens de retour.

La problématique des biens de retour, tout comme celle des droits réels octroyés aux occupants du domaine public, s'inscrit dans une conciliation difficile entre d'une part la protection des biens qui sont affectés à l'utilité publique et d'autre part la prise en compte des garanties nécessaires au concessionnaires en cas de montages complexes et de financement privé de ces équipements. Dans ce contexte financier et jurisprudentiel incertain, le Conseil s'est attaché à développer deux points essentiels : si l'arrêt « Commune de Douai », apprécie les règles de propriété plus souples, celles relatives à leur retour gratuit sont affirmées avec force<sup>40</sup>.

En matière de propriété, le principe veut que les biens immobiliers nécessaires au service public ( dits « de retour »), qui sont établis sur une propriété publique ou sur une propriété privée, appartiennent dès leur achèvement à la personne publique concédante.

---

<sup>36</sup> CE 21 avr. 1997, *Ministre du budget c/ Société Sagifa*, req. n° 147602, obs. AUBY (J.-B.) et MAUGUÉ (C.), *RDI* 1997, p. 418 ; CE, sect. travaux publ., avis, 19 avr. 2005, n° 371234 : *EDCE* 2005, p. 197 ; étude SYMCHOVITZS (N. ) et PROOT (Ph.), *AJDA* 2006, p. 1371 ; CE, 23 juill. 2010, *Montravers liquidateur judiciaire de la sté Neville Foster Delaunay Belleville*, req. n° 320188 ; *Dr. adm.* 2010, comm. 140, obs. BRENET (F.) ; *Contrats et Marchés publ.* 2010, comm. 350, obs. ECKERT (G.)

<sup>37</sup> Cons. const., déc. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi de simplification du droit : Journal Officiel 3 Juillet 2003 ; *Rec. Cons. const.* 2003, p. 382 ; Cons. const., déc. 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, Loi relative à France Télécom : Journal Officiel 27 Juillet 1996 ; *Rec. Cons. const.* 1996, p. 107 ; Cons. const., déc. 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, Loi relative aux aéroports : Journal Officiel 21 Avril 2005 ; *Rec. Cons. const.* 2005 ;

<sup>38</sup> CAA Lyon, 16 févr. 2012, *Sté Télépente des Gets*, req. n° 10LY02315 ; *Contrats et Marchés publ.* 2012, comm. 118, obs. ECKERT (G.)

<sup>39</sup> CE, 9 mai 2012, *Commune d'Orcières*, req. n°340103, Comm. YOLKA (P.), *JCP A.*, n° 23, Juin 2012, act. 388

<sup>40</sup> ECKERT (G.), « Le Conseil d'État clarifie le régime des biens de retour », *Contrats et Marchés publ.* n°2, Févr. 2013, comm. 41

Toutefois, pour les immeubles nécessaires au service public qui sont construits sur une propriété publique, des droits réels peuvent être octroyés au profit du concessionnaire par dérogation contractuelle, à condition que la loi l'autorise (dans les limites des lois de 1988 relative aux AOT constitutives de droits réels et de 1994 relative aux beaux emphytéotiques administratifs) et en l'absence d'atteinte à la continuité du service public. Quand à ceux, également nécessaires au service public qui sont construits sur une propriété privée, ils peuvent par dérogation contractuelle être la propriété du concessionnaire ou à défaut ce dernier peut se voir octroyer des droits réels en l'absence d'atteinte à la continuité du service public.

Le sort des biens meubles n'est pas occulté par le Conseil d'État. Tous les biens mobiliers nécessaires au service public, à l'exception de ceux ayant fait l'objet d'une dérogation contractuelle, appartiennent en principe au concédant. Pourtant la consécration de la théorie des « meubles de retour » débouche sur de nombreuses incertitudes inhérentes à la définition du domaine public mobilier consacrée par le CGPPP<sup>41</sup>.

Au terme normal du contrat, tous ces biens feront l'objet d'un retour gratuit au concessionnaire. Cependant, en cas de résiliation anticipée du contrat, ces biens feront l'objet d'un retour obligatoire contre une indemnité limitée à la valeur nette comptable inscrite au bilan en cas de durée d'amortissement des biens en cause inférieure ou égale à la durée de la convention. À l'inverse, dans les cas où la durée d'amortissement serait inférieure à la durée normale de la convention, l'indemnité serait égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat. L'arrêt précise enfin qu'il est loisible aux parties de déroger à ces principes, sans pour autant que le montant de l'indemnité excède la valeur nette comptable<sup>42</sup>.

Cet arrêt consacre, en l'absence de dispositions légales, une place grandissante aux clauses contractuelles dans la gestion des biens publics.

#### *Liberté de création des droits réels*

Dans les mêmes perspectives, il convient de mentionner un arrêt important rendu par la Cour de cassation et qui pourtant intéressera les gestionnaires des propriétés publiques. La haute juridiction judiciaire dans l'arrêt du 31 octobre 2012 « Maison Poésie », retient qu'un droit d'usage et d'habitation accordé à une personne publique et établi dans un acte de vente ne s'éteint pas après l'expiration d'un délai de trente ans<sup>43</sup>. La Cour de cassation affirme pleinement la liberté de création par convention de droits réels spécifiques ou *sui generis*, en dehors de ceux prévus par la loi. Un tel apport ne manquera pas « d'intéresser l'exploitation de l'immeuble en droit privé, voir de permettre l'optimisation des propriétés relevant du domaine public »<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> V. YOLKA (P.), « Autour de l'article L. 2112-1 du CGPPP. Un détour par les « meubles de retour », *AJDA* 2013 p. 974

<sup>42</sup> TA Grenoble, 27 mars 2012, *SIVU Domaine skiable Les Houches Saint-Gervais et préfet Haute-Savoie*, req., n° 1104951 et n° 1200150 ; *AJDA* 2012, p. 1863, obs. FINON (J.-F.) ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 195, obs. ECKERT (G.)

<sup>43</sup> Cass. Civ. 3e, 23 mai 2012, *Maison poésie*, req. n° 11-13.202, *D.* 2012. 1934, note D'AVOUT (L.), et 2128, spéc. 2138, obs. MALLET-BRICOUT (B.) ; *RTD civ.* 2012, p. 553, obs. REVET (T.) ; *JCP* 2012, p. 930, note DROSS (W.) ; *LPA* 2012, n° 213, p. 12, note BARBIÉRI (J.-J.) ; *Defrénois* 2012. 1057, obs. DANOS (F.)

<sup>44</sup> D'AVOUT (L.), MALLET-BRICOUT (B.), « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *Recueil Dalloz* 2013, p. 53

### ***2.3 Les redevances d'occupation domaniale***

Il ressort de l'article L. 2125-1 du CGPPP 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 ». Cet article du code n'est que la traduction législative d'un principe ancien et constant de la jurisprudence du conseil d'état<sup>45</sup>. Il conforte ainsi l'existence d'un « principe général de droit de non gratuité »<sup>46</sup>.

La rédaction très générale de cet article n'avait pas manqué de faire réagir la doctrine en raison de difficultés pratiques inhérentes à son excessive rigidité<sup>47</sup>. Ces critiques théoriques se sont avérées, en pratique, être la source d'un important contentieux dont on peut mesurer l'ampleur au vu du nombre sans cesse croissant de jurisprudences rendues par les juridictions administratives.

#### *La redevance : contrepartie de l'occupation privative du domaine public*

La redevance correspond à la contrepartie financière de l'autorisation d'occupation privative du domaine. Elle traduit une logique de valorisation du domaine public qui, loin d'être nouvelle<sup>48</sup>, semble être redécouverte par les collectivités publiques.

Dans un contexte économique difficile, les personnes publiques sont parfois tentées de pousser cette valorisation à l'extrême. C'est ainsi que le conseil municipal de la ville d'Avignon a décidé d'instituer en 2010 le paiement d'une redevance d'utilisation du domaine public pour tous les commerces pratiquant des ventes ou activités diverses au travers de vitrines ou de comptoirs ouvrant sur le domaine public, ainsi que pour tous les distributeurs automatiques bancaires installés en façade de bâtiment et accessibles directement depuis le domaine public<sup>49</sup>. Cette redevance, appelée « taxe trottoir » ou « taxe kebab » avait pour but, en l'absence d'emprise directe du commerce sur le domaine public, de sanctionner l'occupation indirecte du domaine par les clients en attente d'être servi.

Si le tribunal administratif d'Avignon a partiellement annulé la délibération pour rupture du principe d'égalité en raison des exonérations dont bénéficiaient les commerces qui assurent la vente ou la location de services culturels, il a confirmé, sur le principe, l'instauration d'une telle taxe. Les parties ont fait appel de ce jugement devant la cour administrative d'appel de Marseille qui censure finalement ce dispositif en considérant « que l'utilisation, le temps d'une transaction, de la dépendance du domaine public de la commune d'Avignon constituée par les trottoirs bordant les voies publiques de ladite commune et normalement affectée à la

---

<sup>45</sup> CE, 12 déc. 1923, *Peysson, Mollaret et Bory*, Lebon p. 826.

<sup>46</sup> CAA Marseille, 6 déc. 2004, *Commune de Nice*, req. n° 00MA01740, Rec. CE 2004, p. 503 ; *Contrats-Marchés publ.* 2005, comm. 165, ECKERT (G.), *JCP Adm.* 2005, 1192, note MOREAU (J.)

<sup>47</sup> V. MELLERAY (F.), « L'utilisation privative des palais de justice par les avocats est soumise à l'obligation de versement d'une redevance », *Dr. Adm.*, Juill. 2012, comm. 66 ; YOLKA (Ph.), « Requiem pour la gratuité », *JCP A.*, 2007, p. 170.

<sup>48</sup> V. pour l'admission d'un motif financier dans la gestion du domaine public CE, 2 mai 1969, *Société d'affichage Giraudy*, req. n°60932, Lebon p. 238.

<sup>49</sup> DÉLIANCOURT (S.), « L'illégalité de la « taxe trottoir » : l'utilisation momentanée du domaine public par les clients d'un commerce », *RFDA* 2012, p. 902.

circulation générale des piétons, par les clients des établissements bancaires disposant de distributeurs automatiques bancaires installés en façade de bâtiment et accessibles directement depuis ledit domaine public, ainsi que de tous les commerces pratiquant des ventes ou activités diverses au travers de vitrines ou de comptoirs ouvrant sur le même domaine, présente un caractère momentané ; qu'une telle utilisation du domaine public, non privative, ne dépasse pas le droit d'usage qui appartient à tous et ne requiert pas ainsi la délivrance par la commune d'une autorisation ; que, dès lors, s'il est constant que ladite utilisation du domaine public communal concourt à l'exercice par les établissements concernés d'une partie de leurs activités commerciales et économiques, elle ne peut toutefois donner lieu à l'assujettissement desdits établissements au paiement d'une redevance d'utilisation du domaine public »<sup>50</sup>.

Le juge administratif, en l'absence de toute base légale et en l'absence d'utilisation physique et directe du domaine public par les commerçants, conclut à l'absence de nécessité d'autorisation et par conséquent à l'illégalité d'une telle taxe<sup>51</sup>.

#### *L'interprétation stricte du principe de non gratuité*

Le Conseil d'État dans un arrêt du 7 mai 2012<sup>52</sup>, a confirmé l'interprétation stricte des exceptions du CGPPP en déniait à l'ordre des avocats, malgré la dévolution de missions d'intérêt général par la loi du 31 décembre 1971<sup>53</sup>, la qualité « d'association à but non lucratif », lui refusant ainsi la possibilité de bénéficier d'une occupation du domaine public à titre gratuit.

Pour autant, si la jurisprudence, dans la lignée du CGPPP, maintient fermement l'exigence d'une redevance pour l'occupant du domaine public, ce dernier, disposant seulement d'un droit précaire et révocable, ne peut être assimilé à un locataire. Ainsi, ni l'article 7 de la loi (...) du 6 juillet 1989 [tendant à améliorer les rapports locatifs] (qui) dispose que : « Le locataire est obligé : / a) De payer le loyer et les charges récupérables aux termes convenus (...) », ni les principes dont il s'inspire ne sauraient s'appliquer à un occupant du domaine public<sup>54</sup>.

En outre, une société qui occupe le domaine public du port autonome de Papeete, par la pose de réseaux de canalisation et de câbles de distribution d'électricité, n'a aucun droit acquis au maintien de la gratuité de l'occupation. Le juge confirme la légalité de l'établissement de la redevance par l'établissement public affectataire alors même que la société bénéficiait jusqu'alors d'une gratuité de l'occupation<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> CAA Marseille, 26 juin 2012, *M. Chiappinelli et autres*, req. n° 11MA01675 et n° 11MA01676, *AJDA* 2012, p. 1254 ; MELLERAY (F.), *Dr. Adm.* n°10, Oct. 2012, Comm. 82 ; DÉLIANCOURT (S.), « L'illégalité de la « taxe trottoir » : l'utilisation momentanée du domaine public par les clients d'un commerce », préc.

<sup>51</sup> BON (P.), *Police des autres activités s'exerçant sur la voie publique*, *Répertoire Dalloz*, Collectivités locales, fasc. n° 2265-1, n° 60.

<sup>52</sup> CE, 7 mai 2012, *Ordre des avocats au barreau de Versailles*, req. n°341110 ; Rec. CE 2012 ; MELLERAY (F.), « L'utilisation privative des palais de justice par les avocats est soumise à l'obligation de versement d'une redevance », préc.

<sup>53</sup> Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifiée.

<sup>54</sup> CAA Lyon 29 novembre 2012, n° 11LY02228, *AJDA* 2013, p. 503.

<sup>55</sup> CAA Paris, 4 juin 2012, n° 11PA03964, *Sté Électricité Tahiti ; Contrats et Marchés publ.* n° 8, Août 2012, comm. 259.

### *Nature des redevances*

Le Conseil d'État, dans un arrêt du 17 mai 2013, a récemment reconnu que les « péages acquittés (...) par les usagers du domaine public fluvial, qui sont dans une situation unilatérale et réglementaire, ont la nature non de taxes mais de redevances pour service rendu (...) ; qu'ainsi les litiges, relatifs à la légalité, au montant ou au recouvrement de ces péages, pouvant naître entre ces usagers et l'établissement public Voies navigables de France (...), relèvent de la compétence de la juridiction administrative »<sup>56</sup>.

Il avait déjà retenu une position similaire dans un arrêt du 11 février 2013 où il assimile une indemnité pour occupation illégale et sans titre du domaine public fluvial à une redevance d'occupation, majorée au titre de l'infraction, qui est due à l'établissement public même en l'absence de publicité des tarifs<sup>57</sup>.

### *Compétences juridictionnelles pour le contentieux des redevances d'occupation du domaine public*

La redevance domaniale est « directement liée à l'occupation du domaine » et constitue un produit du domaine<sup>58</sup>. Le contrôle juridictionnel relève, hors texte spécial, de la compétence du juge administratif<sup>59</sup> qui exerce un contrôle variable : un contrôle normal sur les critères de détermination du montant de la redevance<sup>60</sup> et un contrôle restreint sur son montant effectif<sup>61</sup>.

Pour autant, le juge judiciaire est seul compétent pour litiges relatifs aux titres exécutoires et commandements de payer émis par un maire, en vue du recouvrement du produit des droits de place perçus dans les halles, foires et marchés, y compris par un occupant sans titre, qui sont assimilés à des contributions indirectes<sup>62</sup>.

### *Contrôle et justification du mode de calcul de la redevance*

L'exigence d'une redevance en cas d'autorisation privative du domaine public, impose à la personne publique de justifier le mode de calcul de son montant<sup>63</sup>. Pourtant à l'inverse, la cour administrative de Marseille a retenu dans un arrêt du 25 juin 2012 « qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit exigeant qu'une convention conclue entre une collectivité et une personne privée, ayant pour

<sup>56</sup> CE, 17 mai 2013, *Voies navigables de France (VNF)*, req. n°356762

<sup>57</sup> CE, 11 févr. 2013, *Voies navigables de France (VNF)*, req. n°347475 ; *AJDA* 2013, p. 1198

<sup>58</sup> CE, 20 oct. 1997, *SA papeteries Étienne c/ VNF* ; *Dr. fisc.* 1998, n° 12, Comm. 229 ; GAUDEMET (Y.) *Droit administratif des biens*, 14<sup>ème</sup> éd., 2011, LGDJ, n° 479 bis.

<sup>59</sup> TC, 28 avril 2003, *Debaurin, Dr. Adm.*, 2003, n° 172.

<sup>60</sup> CE, 1er févr. 2012, *Société RTE EDF Transport*, req. n° 338665 ; *AJDA* 2012, p. 243 et 1680, note PERROUD (T.) ; *RDI* 2012, p. 408, obs. FOULQUIER (N.) ; CE, 10 févr. 1978, *Ministre de l'économie et des finances c/ Scudier*, req. n° 07652

<sup>61</sup> CE, 1er févr. 2012, *préc.* ; CE, 28 juill. 1999, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, req. n°189412, Lebon p. 256 ; *D.* 1999, p.234 ; *RDI* 1999, p. 641, obs. LLORENS (F.)

<sup>62</sup> CE, 24 juin 2013, req. n°348207, *AJDA* 2013 p. 1306.

<sup>63</sup> CE, 1er févr. 2012, *Société RTE EDF Transport*, *préc.* ; CE, 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, req. n°189191 ; *AJDA* 2003, p. 1935, note SUPRA DE BIEUSSES (P.) ; *RFDA* 2003, p. 903, note SOULIÉ (J.)

objet l'occupation de dépendances du domaine public communal en vue d'y assurer l'exécution d'un service public de l'enseignement supérieur, mentionne les modalités de calcul du montant ainsi fixé et arrête ce dernier en fonction du prix du marché locatif de Menton afin de couvrir le remboursement des investissements réalisés par la commune »<sup>64</sup>.

La détermination du montant de la redevance a largement évolué. Si au départ l'autorité affectataire se contentait de fixer le montant de la redevance en prenant pour référentiel la superficie et la valeur locative de cette dernière, elle doit aujourd'hui concilier de nombreux objectifs dans l'optique d'une véritable gestion économique du domaine public. Il s'agit, d'une part de protéger les deniers publics en ne sous-estimant pas les recettes potentielles du bien et d'autre part de prévenir toute atteinte au droit de la concurrence.

Le calcul du tarif de la redevance ainsi que son mode de fixation figurent aujourd'hui à l'article L. 2125-3 du CGPPP qui dispose que « la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation ». Le montant de la redevance doit ainsi être fixé en fonction de l'avantage que l'occupant privé est susceptible de tirer de l'occupation et en fonction de ce qu'il rapporte à la collectivité<sup>65</sup>. Malgré cette précision, l'absence de publicité et de mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation du domaine public<sup>66</sup> est de nature à créer un contexte aléatoire dans la détermination du bilan économique global de l'opération<sup>67</sup>.

Le juge administratif exerce un contrôle de plus en plus poussé en la matière. Cela se vérifie notamment par le contentieux relatif aux nombreuses conventions conclues dans le cadre de mises à disposition d'équipements sportifs aux clubs et fédérations par les différentes collectivités territoriales.

Ainsi, le tribunal administratif de Paris a annulé la convention établie entre la ville de Paris et la fédération française de tennis qui prévoyait l'occupation, la modernisation et l'extension du stade de Roland-Garros, pour insuffisance du montant de la redevance. Il ressort du jugement que, la durée excessive (99 ans), l'absence de revalorisation et l'importance des équipements concédés sont tels que la ville de Paris assume un risque « inhabituel dans le cadre d'une convention d'occupation domaniale ne prévoyant ni la délégation d'un service public ni la concession de travaux publics »<sup>68</sup>. Au surplus, le juge, pour fonder cette annulation s'est fondé sur la nature de l'usage qui allait être fait de ces infrastructures, à savoir un usage presque exclusivement commercial et dépourvu de toute obligation/activité de service public.

---

<sup>64</sup> CAA Marseille, 25 juin 2012, req. n°10MA00114 ; UBAUD-BERGERON (M.), « Convention d'occupation du domaine public en vue d'une mission de service public : la redevance ne doit pas nécessairement correspondre au prix du marché locatif », *Contrats et marchés publics* n° 8, Aout 2012, comm. 260

<sup>65</sup> CE, 11 oct. 2004, req. n°254236 ; Rec. CE 2004, p. 602 ; V. égal. CE, 16 mai 2011, *Commune de Moulins*, req. n° 317675 ; *AJDA* 2011, p. 1848, note N. Ach ; *AJCT* 2011, p. 527, obs. DUTRIEUX (D.)

<sup>66</sup> CE, sect., 3 déc. 2010, *Ville Paris et Assoc. Jean Bouin*, préc.

<sup>67</sup> BRACONNIER (S.), « Concession du stade Roland-Garros - absence de mise en concurrence et bilan économique global », *AJDA* 2013, p. 1166

<sup>68</sup> TA Paris, 28 février 2013, req. n° 1200787/7 ; MELLERAY (F.), « La délicate fixation du montant de la redevance due pour l'occupation privative du domaine public », *AJDA* 2013 ; BRACONNIER (S.), « Concession du stade Roland-Garros - absence de mise en concurrence et bilan économique global », préc.

Retenant une position similaire, la cour administrative d'appel de Lyon a confirmé l'annulation, par le tribunal administratif de Grenoble, de la convention mettant à disposition d'une société sportive professionnelle de foot, le stade de l'agglomération. Le mode de calcul de la redevance, qui comprenait une part fixe visant à compenser une partie des charges de la collectivité et une part variable, établie en fonction des matchs supplémentaires et de la fréquentation, qui ne tient compte en réalité que des recettes de billetterie, ne permet pas d'établir « que le montant de la redevance aurait été établi en considération des avantages de toute nature procurés à la société »<sup>69</sup>.

La cour administrative d'appel de Marseille, dans un arrêt du 6 novembre 2012, après avoir admis le recours d'un contribuable de la ville, s'est livrée à une analyse poussée d'une convention concédée à une association d'un village en vue de l'organisation hebdomadaire de marchés aux puces, a finalement refusé d'annuler la convention litigieuse au vu du temps réduit d'occupation et des charges pesant sur l'association<sup>70</sup>. Cette solution, rendue dans le sens contraire des conclusions du rapporteur public, annule le jugement du tribunal administratif de Nîmes qui avait considéré que le montant de la redevance (1000€) était manifestement disproportionné et sous évalué<sup>71</sup>.

Le juge administratif considère que le montant d'une convention fixé en fonction d'un montant uniforme de la redevance, destiné à compenser les charges de la commune dues « à la diminution de la durée de vie des voies et trottoirs résultant de leur fragilisation par les travaux répétés d'entretien et de réparation (des) réseaux souterrains et par les fuites d'effluents », ne permet pas de tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation et doit dès lors être annulée<sup>72</sup>. Si le juge censure le montant d'une redevance fixé de façon uniforme, le Conseil d'État estime qu'une redevance qui comprend une part fixe garantissant un montant de 9 050 000 € par an et une part variable entre 41 % à 55 % du chiffre d'affaires réalisé par la société cocontractante, ne peut être regardée comme un prix payé par la personne publique à son contractant. Par conséquent, une telle rémunération, en l'absence de renonciation de la personne publique à percevoir des redevances inférieures à celles normalement attendues du concessionnaire, a le caractère d'une redevance d'occupation du domaine public et non celui d'un prix dans le cadre d'un marché public<sup>73</sup>.

Enfin, il convient de remarquer le jugement du tribunal administratif de Paris du 6 novembre 2012<sup>74</sup> et l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 février 2013<sup>75</sup> qui s'inscrivent dans la saga « RATP » relative au

---

<sup>69</sup> CAA Lyon, 28 février 2013, req. n°12LY00820, Lebon ; V. égal. pour analyse MELLERAY (F.), « L'utilisation privative du domaine public », *AJDA* 2013, p. 992

<sup>70</sup> CAA Marseille, 6 novembre 2012, req. n°10MA03152

<sup>71</sup> DELIANCOURT (S.), « Le contrôle juridictionnel porté sur le montant des redevances d'occupation du domaine public », *AJDA* 2013, p. 691

<sup>72</sup> CAA Lyon, 13 déc. 2012, req. n° 12LY01167, Lebon ; Concl. VINET (C.), « Détermination des bases de calcul d'une redevance d'occupation du domaine public », *JCP A* n° 23, 2013, 2165.

<sup>73</sup> CE, 15 mai 2013, req. n° 364593, *AJDA* 2013, p. 1023

<sup>74</sup> TA Paris, 6 novembre 2012, *RATP c/ Société 20 minutes Fr.*, req. n°1014667, V. concl. REULAND (N.), « Comment fixer le montant de la redevance pour occupation du DP », *AJDA* 2013, p. 1340

<sup>75</sup> CAA Paris, 7 févr. 2013, *RATP c/ Société 20 minutes Fr.*, Req. n°10PA05686 et 11PA02805 ; BOUL (M.), « L'arrêt RATP et les «infrastructures essentielles» : pas de droit à la paresse dans les stations parisiennes », *LPA*, Juill. 2013 n° 144, p. 11

contentieux concernant la distribution de journaux gratuits dans le métro. Ce contentieux est particulièrement révélateur de l'analyse du juge et de la conciliation entre respect du droit de la concurrence et liberté des autorités affectataires dans le choix de la délivrance de l'autorisation d'occupation privative<sup>76</sup>. Ainsi et malgré les conclusions contraires, en application des principes généraux de la domanialité publique, et de la procédure de mise en concurrence, « la personne publique peut fixer le montant d'une redevance d'occupation du domaine public en prévoyant un montant minimal de redevance correspondant au montant fixé à la suite d'enchères dans le cadre d'une précédente convention ». Il convient de retenir deux points essentiels dans cette solution. Le juge administratif admet que « les entreprises concurrentes sont les mieux à même de déterminer les avantages de toute nature que l'autorisation est susceptible de leur conférer et, en les chiffrant, de fournir une fourchette de prix que la personne publique peut utiliser pour fixer la redevance ». D'une part il consacre l'équivalence et la « fusion entre le prix proposé et le montant de la redevance »<sup>77</sup> et d'autre part il confirme la possibilité d'instituer une procédure d'enchère en cas d'utilisation privative du domaine public<sup>78</sup>.

#### *Occupation privative et domaine public mobilier*

L'élaboration du CGPPP a été l'occasion pour le législateur d'autonomiser la définition du domaine public mobilier. Pour autant, l'article L. 2121-1 du CGPPP témoigne d'un certain rééquilibrage qui compense la prévalence traditionnelle de l'approche immobilière dans l'étude du droit administratif des biens<sup>79</sup>. On observe dans la jurisprudence récente que le Conseil d'État a atténué le particularisme des biens mobiliers qui appartiennent au domaine public, en soumettant leurs usages privatifs à un régime similaire à celui applicable aux biens immobiliers. La valorisation des biens du domaine public semble indifférente à la nature du bien, ce qui favorise une certaine banalisation dans l'utilisation du domaine public mobilier<sup>80</sup>.

Le juge administratif a eu à trancher deux espèces relatives à des photographies de biens du domaine public. Dans un premier temps, le tribunal administratif d'Orléans dans l'affaire « *Société des brasseries Kronenbourg* », a retenu que le fait de photographier le château de Chambord n'était pas constitutif d'une occupation du domaine public et qu'il ne donnait par conséquent lieu à aucune autorisation ni redevance au motif que « l'image de la chose ne saurait être assimilée ni à la chose elle-même, ni aux droits attachés à la propriété de cette chose »<sup>81</sup>. Dans une deuxième espèce remarquée, le Conseil d'État n'a pas suivi le même raisonnement. Dans son arrêt « *Commune de Tours* », la haute juridiction occulte le statut et la nature de l'image pour considérer que « la prise de vue d'œuvres relevant des collections d'un musée à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues doit être regardée comme une utilisation

---

<sup>76</sup> CE, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens (RATP)*, préc.

<sup>77</sup> REULAND (N.), « Comment fixer le montant de la redevance pour occupation du DP », préc.

<sup>78</sup> V. pour l'attribution des fréquences hertziennes art. L. 42-2 du code des postes et télécommunications

<sup>79</sup> LAVIALLE (C.), « La condition et la fonction des meubles en droit administratif des biens », *RFDA* 2013, p. 251

<sup>80</sup> FOULQUIER (N.), « Les photographies du domaine public mobilier », *AJDA* 2013, p. 111

<sup>81</sup> TA Orléans, 6 mars 2012, req. n°1102187, *AJDA* 2012 p.1227, concl. FRANCFORT (J.) ; *D.* 2012, p. 2222, note BRUGUIÈRE (J.-M.)

privative du domaine public mobilier »<sup>82</sup>. La soumission de ce type d'activité à une autorisation administrative, comme c'est déjà le cas pour les exploitants de fréquences hertziennes<sup>83</sup>, permet de réguler l'usage d'un bien, tout en le valorisant à travers les ressources financières procurées à la personne publique affectataire.

## ***2.4 La fin de l'occupation privative du domaine public***

### *Le pouvoir de résiliation des conventions d'occupation du domaine public*

Une tolérance d'occupation du domaine public dont bénéficie une société gestionnaire d'un entrepôt dans un port, ne fait pas obstacle à la perception de redevances par l'autorité gestionnaire qui dispose en outre d'un pouvoir de résiliation, l'autorisation n'étant pas assimilable à un contrat<sup>84</sup>.

Le non paiement des redevances par une société en contrepartie de l'exploitation d'un restaurant sur le domaine public maritime, constitue, au même titre que l'existence de plaintes du voisinage ou de la réalisation d'un projet d'intérêt général, un motif de résiliation pour la personne publique qui dispose à tout moment d'un tel pouvoir<sup>85</sup>.

Il convient de remarquer qu'en l'absence d'une obligation de publicité et de mise en concurrence pour l'octroi des autorisations et conventions d'occupation du domaine public, « la volonté de soumettre l'occupation du domaine à une (telle) procédure préalable (...) répond à un motif d'intérêt général » qui fonde l'exercice du pouvoir de résiliation par la personne publique<sup>86</sup>.

Le juge administratif, s'il reconnaît que les personnes publiques disposent d'un pouvoir de résiliation des contrats d'occupation du domaine public, considère qu'eu égard à la nature d'intérêt général des activités de desserte en téléphonie mobile et à la lumière des dispositions contractuelles, cette résiliation est disproportionnée. Une telle illégalité est donc de nature à fonder la reprise des relations contractuelles entre la société et la personne publique<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> CE, 29 oct. 2012, *Commune de Tours*, req. n° 341173 ; FOULQUIER (N.), « Les photographies du domaine public mobilier », *AJDA* 2013, p. 111 ; ZIANI (S.), « Image et domanialité : le reflet de l'autorité », *Dr. Adm* n° 12, déc. 2012, comm. 96 ; *AJCT* 2013, p. 153, obs. BLANC (F.) ; *BJCL* 2013, p. 54, concl. ESCAUT (N.) et obs. POUJADE (B.) ; *JCP Adm.* 2012, n° 2390, note CARPI-PETIT (S.) et n° 2391, note VOCANSON (C.) ; *JCP G.* n°5, 2013, p. 115, note POLI (J-F.).

<sup>83</sup> Art. 10 de la loi du 17 janv. 1989

<sup>84</sup> CAA Douai, 2 mai 2013, *Sté immobilière du port de Boulogne*, req. n°12DA01360, *Contrats et Marchés publ.* n° 7, Juill. 2013, comm. 201

<sup>85</sup> CAA Paris, 6 juill. 2012, *SARL Le Nautica*, req. n°11PA01242, *Contrats et Marchés publics* n° 10, Oct. 2012, comm. 292

<sup>86</sup> CAA Bordeaux, 14 mars 2013, *École nationale supérieure des techniques industrielles et des mines d'Albi*, req. n° 11BX03091, *Contrats et Marchés publ.* n° 5, Mai 2013, comm. 148

<sup>87</sup> CAA Douai, 2 mai 2013, *CROUS de l'Académie de Lille c/ Sté Orange* req. n° 12DA01577 ; *Contrats et Marchés publ.* n° 7, 2013, comm. 209 ; CE, 11 oct. 2012, *Sté Orange*, req. n° 351440 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 16, ECKERT (G.) ; CE, sect., 21 mars 2011, *Commune Béziers*, req. n° 304806 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 150, obs. PIETRI (J.-P.)