RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

VALORISATION DES PROPRIETES PUBLIQUES

PRESIDENT :

M. Dieudonné MANDELKERN

RAPPORTEURS :

Professeur Yves GAUDEMET

Maître Laurent DERUY

Sommaire

Préface …… ……..…… p. 2
Avant-propos …… p. 5
Introduction …….. p. 6

I - VALORISATION DANS LA GESTION PATRIMONIALE …… p. 13
A. Consistance des patrimoines publics ……...…. p. 13
B. Coexistence des propriétés publiques et privées …….. p. 16
C. Gestion et valorisation financière des occupations des propriétés publiques …….. p. 18

II - VALORISATION PAR INVESTISSEMENT …….…..p. 21
A. Garantie et sûretés et insaisissabilité des biens publics ……... p. 22
B. Garanties et sûretés et inaliénabilité du domaine public …….. p. 24

III - VALORISATION PAR ALIENATION …….. p. 26
A. Réduire le domaine public …….….. p. 30
B. Aménager les déclassements

Postface……...p. 32

ANNEXES ……..…. p. 33

1- Composition du Groupe de Travail ……..…. p. 35

2- Auditions ……..….. p. 36

a. Liste des personnalités auditionnées ……..…… p. 37

b. comptes-rendus d'audition……..p. 38

3- Contributions écrites ……..p. 78

4- Eléments pour une loi générale sur les propriétés publiques ……..…….. .p. 86

PREFACE

L'ambition de l'Institut de la Gestion Déléguée, à la présidence duquel j'ai eu l'honneur de succéder au Président Marceau Long, consiste à rassembler l'ensemble des acteurs concernés par la qualité et la performance des services publics et de dégager des points de vue partagés et fondés sur l'expérience de chacun.

L'IGD, qui réunit les grandes associations d'élus, de consommateurs et d'usagers, les représentants de l'Administration (DGCL, DGCCRF, DAEI), aux côtés des opérateurs de services et des groupes du BTP, des financeurs et de nombreux experts (avocats, notaires, expert comptables, professeurs d'Université), cherche donc avant tout le consensus, l'efficacité, la performance et l'innovation pour le progrès de l'expérience française du service public et l'efficacité de l'action publique.

C'est dans ce cadre que l'Institut a fait adopter par les grandes associations nationales d'élus la Charte des Services Publics locaux, signée depuis par une vingtaine d'associations et de fédérations professionnelles. Cette charte proclame le libre choix du mode de gestion des services publics, la réversibilité de ce choix et le parangonnage (« benchmarking »), fondé sur une culture de la transparence, de l'évaluation et de la performance. C'est également au titre de l'excellence de l'expérience française et de la qualité des services publics que l'IGD a incité, dès 2002, le Gouvernement à lancer « une initiative française pour les partenariats public-privé » ayant abouti au nouveau contrat de partenariat dont l'ordonnance sera publiée d'ici juillet 2004.

Dans le même mouvement, l'Institut s'est intéressé aux conditions de « *valorisation des propriétés publiques* », l'objectif étant d'identifier les difficultés juridiques existantes à une telle valorisation et de faire des propositions dans la perspective d'une refonte du droit des propriétés publiques.

Tel est l'objet de ce rapport, issu des réflexions d'un groupe de travail présidé par Dieudonné Mandelkern, Président de section honoraire du Conseil d'Etat. Les deux rapporteurs, le Professeur Yves Gaudemet et Maître Laurent Deruy, ont fait ici un excellent travail, avec l'ensemble des acteurs concernés et ont abouti, après avoir auditionné des représentants des collectivités territoriales, des opérateurs, des banquiers, des représentants de l'administration opérationnelle sur ce sujet, des propositions innovantes et efficaces, qui, loin d'être révolutionnaires, permettraient d'adapter le droit du domaine public aux conditions modernes de la performance de l'action publique.

Les mesures proposées apparaissent, en effet, nécessaires. Outre leur traduction budgétaire immédiate résultant d'une meilleure valorisation du patrimoine public, elles sont nécessaires à la mise en place des contrats de partenariat public-privé, qui accéléreront le processus de modernisation des infrastructures publiques et relanceront l'investissement dans notre pays.

Il en est ainsi de la proposition de définition du domaine public, redonnant sens et portée au critère de l'aménagement spécial, de la limitation de l'insaisissabilité des biens à ceux qui sont nécessaires à la continuité d'une activité de service public, à l'encadrement des servitudes légales du code civil pesant sur ce domaine, de l'aménagement et l'assouplissement des procédures de déclassement préalable à la cession d'immeubles du domaine public.

S'agissant des possibilités de transferts de gestion et de propriété entre les personnes publiques, en revanche, il me semble que nous aurions pu aller plus loin, et ne pas les limiter à la seule initiative de l'Etat. De même, le succès des futurs contrats de partenariat public-privé ne pourra être complet sans élargissement des conditions d'accès aux titres d'occupation avec droits réels, assouplissement des conditions de recours au financement par crédit-bail, recours à la titrisation pour le financement d'opérations reposant sur des dispositifs attributifs de droits réels ou encore généralisation du dispositif de bail avec option d'achat consenti sur le domaine public.

Je forme le vœu, qu'en dépit de la prudence traditionnelle de l'Administration en charge du domaine, exprimée à l'occasion du colloque de grande qualité organisé par l'IGD et l'Université Cujas au mois de janvier 2004 lors de la présentation de ces travaux, la réforme du Code des propriétés publiques engagée par ailleurs dans le cadre de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003, ne se contente pas d'unifier et de toiletter *a minima* les différentes dispositions éparses sur ce sujet, mais prenne en compte la réalité des besoins de modernisation de la gestion domaniale de l'Etat et des collectivités publiques, comme un aspect essentiel de la réforme de l'Etat.

Claude Martinand

Président de l'Institut de la Gestion Déléguée
Vice-Président du Conseil Général des Ponts et Chaussées

Avant – propos

Dès sa création, l'Institut de la Gestion Déléguée a inscrit le droit des propriétés publiques parmi ses objets d'études et de réflexions prospectives. En 2001, sous la direction du président Marceau Long, avait ainsi été établi un rapport de référence sur « la gestion patrimoniale du domaine public ». Les auteurs de ce rapport avaient considéré eux-mêmes que celui-ci – pour constituer une étape nécessaire et en raison même de sa richesse – appelait une réflexion complémentaire allant jusqu'à la proposition de textes propres à être saisis par une réforme législative qui n'était pas encore à l'ordre du jour.

Pourtant l'examen critique du droit des propriétés publiques, alimenté par une production doctrinale continue et convergente, la contribution du Conseil d'Etat dans son rapport de 1987 intitulée « réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques » (EDCE 1987, n°38, p. 13), l'intervention répétée, à partir de 1988, de dispositions législatives dispersées et partielles mais prises comme autant de solutions « presque de fortune » là où l'urgence les voulait, tout ceci montrait bien que le droit des propriétés publiques n'était pas satisfaisant : incertain, souvent trop complexe, inutilement antiéconomique, il appelait la réforme ; et l'on a même pu écrire que s'il devait y avoir réforme de l'Etat, c'est par l'Etat propriétaire qu'il convenait de commencer.

C'est dans ce contexte – et alors que l'Institut avait confié à un groupe de travail, sous la présidence du président Mandelkern, un nouveau rapport sur la « valorisation des propriété publiques » que le législateur, au nom de la simplification du droit, a donné le coup d'envoi d'une réforme générale et d'une clarification du droit en la matière. La loi du 2 juillet 2003, celle-là même qui permet la création de nouveaux contrats de partenariat, autorise le gouvernement, par voie d'ordonnance, à « simplifier, préciser, harmoniser, aménager et codifier le droit des propriétés publiques ».

Le souci de l'Institut de la gestion déléguée a alors été de mettre à la disposition des services administratifs engagés dans la préparation du nouveau code ses propres réflexions et propositions.[1] C'est dans cet esprit et avoir cet objet – qui est aussi une ambition – que le présent rapport a été rédigé.

Yves Gaudemet
Professeur

[1] Le rapport d l'IGD a d'autre part été présenté lors d'un colloque organisé conjointement par l'Institut d'études législatives de l'Université de Paris II, l'Institut de la Gestion Déléguée et la Revue les Petites Affiches, le 28 janvier 2004, au Centre Vaugirard de l'Université de Paris II et dont les actes seront publiés aux Petites Affiches.

Introduction

1 – Précédentes études de l'IGD - L'Institut de la gestion déléguée a publié en avril 2OO1 les travaux d'un groupe de travail consacrés à « la gestion patrimoniale du domaine public ».

Ce premier rapport a mis en avant les propositions suivantes que l'Institut a faites siennes : - améliorer la connaissance du domaine public par ses gestionnaires ; - préciser la nature des droits reconnus aux occupants domaniaux et renforcer leurs garanties, pour un meilleur financement des ouvrages ; - envisager l'application, dans certains cas, des règles générales de concurrence lors de l'attribution des autorisations domaniales ; - clarifier le statut et le régime de propriété des biens concédés ; - créer (ou rétablir) des contrats de valorisation sur le modèle des P.F.I. du droit anglais.

Dès alors, et s'appuyant sur ces réflexions et conclusions, le président du groupe de travail, Monsieur Marceau Long, et les responsables de l'Institut avaient souhaité que ce premier rapport soit prolongé et complété par une seconde étude sur « la valorisation des biens publics », laquelle devrait comporter des propositions de textes dans la perspective d'une refonte du droit des propriétés publiques depuis longtemps en chantier (v. déjà en 1986, l'étude du conseil d'Etat publiée sous le titre *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, E.D.C.E. 1987, n. 38, p. 13).

C'est sur ces bases et pour donner une suite à ce projet qu'a été constitué, en avril 2OO2, le groupe de travail dont la composition est indiquée en annexe (annexe I), chargé d'établir le présent rapport, complété de propositions de textes pour une loi générale sur les propriétés publiques.

2 – Contexte législatif – Le groupe de travail a mené ses travaux de réflexion interne et procédé à des auditions dont la liste est reproduite en annexe (annexe II).

Durant ces travaux, a été adoptée la loi du 2 juillet 2OO3 *habilitant le gouvernement à simplifier le droit* et qui, notamment, en son article 34, *« autorise le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter… 2° les dispositions relatives à la définition, à l'administration, à la protection et au contentieux du domaine public et du domaine privé, mobilier comme immobilier, de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics, à l'authentification des actes passés par ces personnes publiques, au régime des redevances et des produits domaniaux, tant en ce qui concerne leur institution que leur recouvrement, ainsi que celles relatives à la réalisation et au contrôle des opérations immobilières poursuivies par ces collectivités, afin de les simplifier, de les préciser, de les harmoniser, d'aménager la gestion domaniale et de les codifier »*

La loi du 2 juillet 2OO3 comporte d'autre part un article 6 qui habilite le gouvernement, toujours par voie d'ordonnance, à modifier les dispositions de la loi du 12 juillet *1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée* (loi « MOP ») et à créer de nouveaux types de contrats de partenariat public-privé pour la conception, la réalisation, le financement et l'exploitation d'équipements publics. Dans une décision du 26 juin 2OO3, le conseil constitutionnel, saisi de la loi du 2 juillet 2OO3, a considéré que ce nouveau type de contrats – déjà admis par les lois du 29 août et

du 9 septembre 2OO2 pour la sécurité intérieure d'une part, pour la justice d'autre part, avec l'approbation du conseil constitutionnel (décisions du 22 août et du 29 août 2OO2, rec. p. 198 et 204) - ne pourraient être utilisés que *« pour des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement déterminé »*.

Il est prévu que, au titre des futurs contrats de partenariat, puissent être étendues les dispositions ajoutées au code du domaine de l'Etat par la loi du 25 juillet 1994 *relative aux droits réels sur le domaine public* et qui figurent aux articles L 34-3-1 et L 34-7-1 de ce code (v. encore à ce sujet, infra n. 36).

De la sorte, les réformes des partenariats public-privé, d'une part, et des propriétés publiques, d'autre part, sont liées : l'institution des nouveaux contrats de partenariat, au titre de l'article 6 de la loi d'habilitation, est tributaire des modifications qui seront apportées au régime de propriété publique, par l'ordonnance prévue par l'article 34 de la loi d'habilitation ou peut-être en dehors d'elle.

Informé des travaux et du projet de rapport de l'Institut de la gestion déléguée, le Secrétaire d'Etat chargé de la réforme de l'Etat a bien voulu indiquer qu'il souhaitait que ceux-ci soient pris en compte dans la préparation de l'ordonnance relative à la refonte du droit des propriétés publiques qui doit intervenir prochainement au titre de l'article 34-2° de la loi du 2 juillet 2OO3[2]. Et l'Institut l'a tenu régulièrement informé de ces travaux.

3 – Valorisation des biens publics et réforme de l'Etat - L'objectif de "valorisation » des biens publics est récurent dans les discours et les projets sur la réforme de l'Etat ; il est explicite dans la quasi-totalité des contrats passés par l'Etat avec les entreprises et établissements publics ou avec les collectivités locales.

On peut même penser qu'une réforme en profondeur du droit des propriétés publiques constituerait un des éléments les plus apparents et les plus significatifs, sur le plan économique, d'une véritable réforme de l'Etat, davantage que des propos incantatoires trop répétés qui ne s'attachent qu'aux formes de l'action publique.

En outre, récemment, la décision a été prise par le gouvernement de céder, dans les meilleures conditions de marché, un certain nombre de biens publics dont les services de l'Etat n'avaient plus l'utilisation ou encore qu'ils pouvaient utiliser sans en être propriétaires.

4 – La notion de « valorisation » des biens publics - Encore faut-il s'entendre sur la notion même de « valorisation » des patrimoines publics, qui n'est pas une notion du vocabulaire juridique.

De toute évidence, cette valorisation s'agissant de biens appropriés par une personne publique, n'est pas seulement la maximisation du profit qu'elle peut en retirer (ce que l'on appelait autrefois « la rente foncière » pour les biens immeubles) ; si elle inclut, à des degrés divers, cette exigence de rentabilité, elle a aussi pour objectif la satisfaction ou

[2] Depuis longtemps d'autre part est à l'étude un « code des propriétés publiques » dont les travaux d'élaboration ont été, à l'origine, confiés à un groupe de travail dirigé par Monsieur Max Querrien.

la recherche d'une meilleure satisfaction d'un intérêt général. La valorisation d'un équipement public est sans doute la réalisation et l'entretien de celui-ci au moindre coût, son aliénation au meilleur prix lorsqu'il est devenu inutile, mais aussi l'adéquation constante de cet équipement à l'intérêt général qu'il doit servir.

5 - Bref, la valorisation des biens publics s'entend d'une valorisation au service de l'utilité publique.

Ce qui conduit à envisager l'objectif de valorisation à partir de l'alternative suivante : faut-il vendre le bien et en retirer le meilleur prix ou bien en optimiser l'utilisation ; valorisation par aliénation dans le premier cas ; valorisation par investissement et gestion performante dans le second. Naturellement toute une série de solutions intermédiaires sont concevables : vente pour partie du bien et investissement sur la partie conservée ; droits réels accordés à un investisseur ; formules de baux emphytéotiques, etc.

Ces derniers temps, les pouvoirs publics ont donné une forte impulsion à la politique d'aliénation des biens publics devenus inutiles (v. par ex. Moniteur des travaux publics, 8 nov. 2OO2 *: « l'Etat veut valoriser son patrimoine immobilier »* : Le Monde, juin 2OO3 *: « le ministère des finances étudie les moyens de rentabiliser le patrimoine de l'Etat »*) . Cela ne doit pas faire perdre de vue que la première forme de valorisation – et celle aussi qui pose sans doute aujourd'hui les problèmes juridiques les plus délicats – est la valorisation conduite par le propriétaire ou l'affectataire domanial, en partenariat souvent avec des opérateurs privés, pour adapter en permanence le bien en cause à la destination d'utilité publique qu'il doit servir.

6 – Les instruments juridiques de la valorisation - Ceci permet d'être dès à présent plus précis sur les outils, les instruments juridiques de la valorisation.

La valorisation des biens publics, selon les cas, peut passer par une aliénation ou bien par un investissement sur le domaine public ou privé, ou encore par une exploitation performante des biens en cause, sans qu'au surplus, dans chacun de ces cas, valorisation signifie nécessairement ni exclusivement recherche de la meilleure rentabilité financière.

Ainsi les instruments juridiques de la valorisation des biens publics peuvent, dans une présentation théorique qui prétend à l'exhaustivité, se répartir en trois grandes catégories :

- l'aliénation, sous quelque forme que ce soit, en retirant un juste prix du bien aliéné ;

- l'investissement de valorisation du domaine, quelles qu'en soient les modalités juridiques ;
- une gestion patrimoniale optimale, assurant de justes revenus des biens exploités, mais aussi un bonne adéquation de ceux-ci à l'utilité publique qu'ils servent pour la majorité d'entre eux.

Ce sont là les instruments juridiques de la valorisation des biens et propriétés publiques. L'objet du présent rapport est d'en apprécier la cohérence et les performances, d'identifier les difficultés qui peuvent entraver leur mise en œuvre, de proposer les réformes qui pourraient y remédier (v. infra, n. 11, plan du rapport).

Encore faut-il auparavant s'entendre – toujours dans une perspective juridique - sur la notion même de biens publics.

7 – La notion de biens publics – Les biens publics s'entendent des biens qui sont la propriété des personnes publiques, Etat, collectivités territoriales, établissements publics ou autres personnes publiques spéciales. Il est habituel de les ranger en biens du domaine public et biens du domaine privé, le partage se faisant selon un critère – sur la pertinence duquel le présent rapport s'interrogera – qui n'est d'ailleurs pas parfaitement clair ni stable et qui procède finalement de la dualité des compétences contentieuses.

Mais ce qu'il importe de souligner à ce stade – sous la forme d'une proposition commune à tous les développements qui suivent et qui souvent les commande -, c'est que l'ensemble de ces biens constituent uniformément des biens publics, puisque appropriés par des personnes publiques et que les différents régimes de domanialité – dont la domanialité publique est le plus important, mais non le seul[3] - qui s'appliquent à certains d'entre eux ne sont pas des régimes de propriété mais des régimes liés aux diverses affectations d'utilité publique que ces biens sont susceptibles de recevoir.

Les biens publics, entendus comme ceux qui sont la propriété de personnes publiques, sont en effet soumis, pour la plupart, à un régime d'affectation, lié à l'utilité publique du bien, qui cesse lorsque cesse cette affectation, et dont les éléments diffèrent, dans chaque cas, selon les nécessités de cette affection. Certains de ces régimes d'affectation sont principalement de droit public (avec pour conséquence une compétence de principe du juge administratif pour les litiges les concernant) : c'est le régime de la domanialité publique. D'autres, pour lesquels les nécessités de l'affectation sont moins fortes voire absentes, sont soumis à un régime principalement de droit privé (et la compétence judiciaire est de principe pour les litiges les concernant) ; c'est le domaine privé.

Mais d'une part ces régimes d'affectation n'absorbent jamais le régime de propriété mais s'y superposent et parfois le corrigent, d'autre part ces régimes d'affectation sont très variés et correspondent à ce que l'on a souvent appelé l'« échelle de la domanialité ».

Le dualisme domaine public - domaine privé est réducteur de la réalité ; il faudrait parler en réalité <u>des</u> régimes de domanialité publique et <u>des</u> régimes de domanialité privée, chacun justifié et construit en fonction des exigences de l'affectation d'utilité publique du bien auquel il s'applique. Ces régimes d'affectation peuvent d'ailleurs se succéder dans le temps à l'égard d'un même bien.

8 – Clarification du droit sur ce point - S'il a paru nécessaire de rappeler ceci en tête du présent rapport, c'est que la question a parfois été obscurcie, et par le législateur lui-même, par l'assimilation de la domanialité publique à un régime de propriété ; la domanialité publique constituerait un régime de propriété particulier, propre aux personnes publiques, et qui se substituerait, dans ce cas, au droit commun de la propriété.

Cette présentation n'est pas exacte. Il est aujourd'hui communément admis en doctrine[4] et reconnu par le conseil constitutionnel et par la jurisprudence que les personnes publiques sont propriétaires de leurs biens et que cette propriété publique est de la nature

[3] ainsi par exemple le régime forestier, celui propre au domaine fluvial, au domaine ferroviaire, etc.

[4] Voir la thèse déterminante de Ph. Yolka, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, LGDJ 1997, préface Y. Gaudemet – et les références données in Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, *Droit administratif des biens*, spéc. n. 6 et s.

de la propriété en général. Si cette propriété publique présente quelques particularités, comme c'est le cas aussi d'autres formes de propriété (propriété commerciale, propriété industrielle, etc.), elle est bien le droit de propriété, consacré par la déclaration des droits de 1789 et constitutionnellement protégé, comme il en est de toutes les formes de propriété. Le conseil constitutionnel a été formel à cet égard[5].

Et lorsqu'une question de propriété se pose, la compétence est celle du juge judiciaire, même si le propriétaire supposé ou contesté est une personne publique, même si la contestation porte sur un bien qui fait a priori partie du domaine public ; cette question de propriété est une question préjudicielle pour le juge administratif[6].

La domanialité, et singulièrement la domanialité publique, ne doit donc pas être confondue avec la propriété : régime d'affectation, justifié par l'utilité publique que sert momentanément le bien en cause, elle trouve ses limites dans les exigences de cette affectation, ne doit pas être étendue aux biens ou à une partie des biens qui ne sont pas utiles à l'affectation ; et elle cesse lorsque celle-ci prend fin (sous réserve de quelques formalités – v. infra).

La domanialité publique apparaît ainsi comme une réglementation supplémentaire, s'ajoutant aux droits et obligations que la personne publique tient de sa qualité de propriétaire du bien ; simplement cette réglementation « en plus » est susceptible de modifier certaines caractéristiques du droit de propriété ; cela pour la durée de l'affectation qui la justifie et la fonde.

Il n'en va pas différemment de tous les autres régimes d'affectation des propriétés publiques, qu'ils appartiennent à la domanialité publique ou à la domanialité privée (par exemple, pour ce dernier cas, le régime forestier).

9 – Projet de texte – Parce que ces propositions fondamentales sont parfois perdues de vue aujourd'hui ; et parce qu'elles constituent la base de toute réglementation d'avenir des biens publics, elles devraient faire demain l'objet de dispositions explicites, par exemple dans le nouveau code des propriétés publiques (voir encadré ci-après).

C'est aussi l'occasion de déterminer le champ possible de la domanialité publique (hors les hypothèses où celle-ci résulte de la loi), avec l'objectif de limiter ce régime de domanialité publique là où il est nécessaire au respect de l'affectation et là seulement (réécriture du critère de l'aménagement spécial, voir dernier alinéa du texte ci-dessous) (v. aussi, infra, n. 49).

- Les personnes publiques exercent sur les biens qui leur appartiennent l'ensemble des droits et supportent l'ensemble des obligations du propriétaire.

[5] A propos d'une loi d'habilitation permettant la privatisation d'entreprises, le conseil constitutionnel affirme que la protection constitutionnelle du droit de propriété que consacre la Déclaration des droits de l'homme de 1789 *« ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques »* ; et, combinant cette consécration constitutionnelle avec le principe d'égalité, il en tire la proposition que *« la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur »* (c. consti. 25-26 juin 1986, Rec. p. 61 – même formule reprise par c. consti. 18 sept. 1986, Rec. p. 141 – 21 juillet 1994, AJDA 1994, p. 786, note G. Gondouin – 23 juillet 1996, Rec. p. 99 - etc.).

[6] CE 29 juin 199O, *Consorts Marquassuzaa*, D. adm. 199O, n. 442 – 8 juin 199O, *Cne du Vigen*, Rec. Lebon, p. 936.

- La loi peut cependant limiter ces droits et obligations ou y ajouter, en considération de l'affectation d'utilité publique reconnue ou conférée à certains de ces biens. Notamment les biens du domaine public ne peuvent être aliénés que dans les conditions du présent code.
- Les biens appartenant à une personne publique sont soumis au régime de la domanialité publique lorsqu'ils sont affectés à l'usage direct du public ou ont fait l'objet d'aménagements spéciaux indispensables à une activité de service public.

1O – Importance et diversité des biens publics – Même si une recension exacte n'en est pas possible, fut-elle limitée aux seules propriétés de l'Etat, en l'absence de la tenue régulière du livre des propriétés publiques, les propriétés et biens publics sont considérables en nombre et par leur valeur économique.

Sous l'ancien régime, la composition du domaine de la Couronne était très hétérogène du fait de la présence de droits incorporels régaliens, seigneuriaux, fiscaux à côté des éléments matériels (chemins, rivières, places de guerre, etc.). Mais la condition juridique de tous ces biens était la même : tous étaient considérés comme la propriété du roi, puis de la Couronne, susceptibles de procurer des revenus et progressivement soumis à la règle de l'inaliénabilité, dès avant même l'ordonnance de Moulins de 1566 qui est venue – avec d'ailleurs beaucoup de restrictions - confirmer la règle.

C'est le code domanial de 179O qui a dégagé une définition nouvelle des propriétés publiques en l'amputant de tous les droits incorporels, passés dans la notion voisine des finances ou deniers publics.

Et c'est cette conception limitée aux biens corporels qui est aujourd'hui commune et naturellement celle du présent rapport.

11 – Plan du rapport – La valorisation des biens publics passe d'abord et logiquement par une exploitation performante, « valorisante » de la propriété publique, le cas échéant relayée et complétée par un investissement sur une propriété du domaine public ou privé ; enfin la valorisation conduit parfois à une aliénation, lorsque le bien n'est plus utile à son propriétaire public ou doit être remplacé.

Valorisation par la gestion (I), valorisation par l'investissement (II), valorisation par aliénation (III), ce seront les trois rubriques de ce rapport, étant précisé que ces techniques peuvent évidement être - et seront souvent - combinées au sein d'une même et unique opération de valorisation (par exemple aliénation d'une partie d'un terrain pour financer un investissement sur la partie conservée et améliorer les performances de gestion de l'installation ainsi réalisée).

Dans toutes ces hypothèses – qui sont traitées distinctement ci-après même si souvent elles coexistent dans la pratique – la valorisation, pour inclure des considérations de rentabilité financière, n'est pas nécessairement ni toujours limitée à celles-ci. D'autre part elle met normalement le propriétaire public en rapport avec un acquéreur ou un investisseur privé qui peut être aussi associé à cette occasion à la gestion de l'activité publique qu'accueille le bien en cause ; la valorisation des biens publics passe ainsi par des instruments conventionnels dont l'étude, à ce titre, entre dans l'objet du présent

rapport et dont la nomenclature devrait être renouvelée par l'institution prochaine des contrats de partenariats public-privé (v. supra, n. 2).

I / VALORISATION DANS LA GESTION PATRIMONIALE

12 – Objet et plan - C'est le thème – récurent - de la bonne gestion des patrimoines publics. L'Etat (et les autres personnes publiques) est-il un bon gestionnaire de ses biens ? Faut-il notamment développer et structurer la fonction « gestion patrimoniale » à l'intérieur ou auprès des principales administrations publiques ? Quel est actuellement le rôle – de principe et effectif – du service des domaines à cet égard et faut-il repenser la place de celui-ci dans les opérations de gestion des propriétés publiques ?

Le groupe de travail a principalement examiné trois séries de questions, sous cette rubrique générale de la valorisation dans la gestion patrimoniale des personnes publiques : celle de la connaissance des patrimoines publics et de la redistribution des propriétés entre les différentes personnes publiques ; celle de l'adaptation des instruments juridiques assurant la coexistence dans l'espace des propriétés publiques et privées ; celle enfin de la valorisation des occupations domaniales.

A / Consistance des patrimoines publics

13 – Connaissance des patrimoines publics – On a déjà dit l'absence d'outil précis de connaissance, par les personnes publiques, de la consistance de leur propre patrimoine ; ceci vaut pour l'Etat, mais surtout pour les principales collectivités locales et les grands établissements publics.

Les choses sont compliquées encore par le fait que de nombreux biens, propriétés de l'Etat ou d'une collectivité locale, sont affectés à un établissement public, ou encore que des biens d'une collectivité locale sont affectés à un service de l'Etat ou (plus rarement) l'inverse, avec cette conséquence que l'exercice des attributs de la propriété sera réparti – avec beaucoup d'imprécision - entre le propriétaire et l'affectataire.

Il conviendrait que soit tenu à jour le registre des propriétés de l'Etat et qu'une obligation analogue soit faite – par la loi – aux collectivités locales. D'autre part les informations ainsi regroupées devraient être étendues aux mesures d'affectation des biens recensés, avec une mise à jour permanente.

14 – Distribution des patrimoines publics et rôle de l'Etat – L'Etat a pu être traditionnellement considéré comme le régulateur ultime des propriétés publiques. Tout en admettant que chaque collectivité publique était propriétaire de son propre patrimoine, on reconnaissait cependant à l'Etat une fonction de redistribution des biens entre les collectivités, en raison de changements dans l'affectation d'utilité publique des biens en cause.

On a reconnu là la « théorie » dite des « mutations domaniales » qui est à l'origine de réflexions importantes sur le droit des propriétés publiques et du domaine public et que, par exemple, M. Chapus présente en ces termes : il s'agit, pour l'Etat, *« de s'affranchir de la répartition des dépendances du domaine public entre les diverses personnes publiques propriétaires et des conséquences normales de cette répartition ; ce pouvoir fait de lui le régulateur de l'utilisation, et donc de l'affectation, au mieux des exigences*

de l'intérêt général, des dépendances du domaine public dans son ensemble » (*Droit administratif général*, tome 2, n. 493).

Qu'en est-il aujourd'hui ?

15 – Limites et abandon de la théorie classique des mutations domaniales - Il faut d'abord observer que ce souci de confier à l'Etat une fonction de régulation des affectations, avec la faculté de décider de véritables mutations domaniales, est propre aux biens du domaine public ; il ne touche pas et ne saurait toucher les biens du domaine privé. On est donc dans une hypothèse dans laquelle les attributs ordinaires du droit de propriété se trouvent contrariés, au nom de l'affectation, par une intervention unilatérale de l'Etat ; la loi peut apporter semblable limite (v. supra encadré I, n. 9).

Il semble d'autre part que la construction des mutations domaniales, telle que conçue au début du siècle par une jurisprudence qui n'a guère été répétée depuis, a aujourd'hui épuisé ses effets ; elle ne peut plus en tous les cas être opposée au principe de libre administration des collectivités locales. Bref elle apparaît comme un instrument aléatoire et imparfait pour accueillir cette « police » des affectations dont on voit bien qu'elle correspond cependant dans certains cas à une nécessité de bonne administration (et de bonne gestion patrimoniale).

Le groupe de travail a ainsi estimé qu'il pourrait être utile de réfléchir à un dispositif spécifique explicite, propre à encadrer ces transferts de gestion et pouvant, le cas échéant, inclure un transfert de propriété.

16 – Un dispositif législatif sur les transferts de gestion – La loi – mais il y faut la loi – peut reconnaître à l'Etat des prérogatives de régulation de l'affectation des patrimoines publics, allant occasionnellement jusqu'à une redistribution des propriétés.

Il n'y a pas à cela d'obstacle constitutionnel. La protection constitutionnelle de la propriété publique, déclarée identique à celle des propriétés privées par le conseil constitutionnel (supra, n. 8), s'oppose simplement à ce qu'un propriétaire public soit dépossédé pour un motif d'intérêt privé et sans indemnisation du préjudice qu'il subit. Quant à la libre administration des collectivités locales, elle s'exerce « dans les conditions prévues par la loi » et nul n'a jamais prétendu qu'une expropriation de dépendances du domaine privé, dans les conditions du code de l'expropriation, soit attentatoire à la libre administration des collectivités locales ; pourquoi en serait-il autrement de dépendances du domaine public ?

Le champ est donc libre si la loi veut aujourd'hui relayer, avec la clarté d'un texte écrit, la jurisprudence épuisée des mutations domaniales. Et la voie est déjà ouverte par les dispositions de l'article L 35 de l'actuel code du domaine de l'Etat repris d'un décret-loi de 194O.

17 – Un dispositif repris du décret-loi de 194O et de l'article L 35 du code du domaine de l'Etat – L'actuel article L 35 du code du domaine de l'Etat est la reprise dans ce code des dispositions du décret-loi du 5 juin 194O relatives aux transferts de gestion décidés par l'Etat et concernant les dépendances domaniales dont il est propriétaire. Le décret-loi de 194O modifiait les dispositions d'une ordonnance du 28 juin 1833, elle-même relative aux biens de l'Etat.

S'agissant du domaine des collectivités locales, la disposition pertinente, non codifiée, est restée l'article 16 du décret-loi de 194O qui prévoit des transferts de gestion de biens entre collectivités locales par décision de l'Etat (v. R. Schwartz, concl. ss. CE 2 décembre 1994, *Département de la Seine Saint-Denis et Cne de Pulversheim*, 2 arrêts, AJDA 1995, p. 4O) ; on considère que cet article du décret-loi de 194O, resté en dehors de la codification de 1957 peut-être parce qu'il ne concernait pas le domaine de l'Etat, est toujours en vigueur (v. par exemple l'arrêt *Commune de Thiais* (CE 13 janvier 1984, D. 1984, p. 6O4, note P. Bon) qui admet un changement d'affectation d'une dépendance du domaine public communal, sans dépossession, par décision de l'Etat).

Ces dispositions du code et du décret-loi de 194O ainsi que la réglementation qui les complète (article R 58 du code du domaine de l'Etat) ne sont pas d'une compréhension ni d'une application aisée ; mais elles manifestent bien la volonté, dès alors, de disposer d'une législation permettant à l'Etat de remplir sa fonction de « régulateur des affectations », y compris en disposant, le cas échéant, de la propriété des collectivités décentralisées.

C'est dans cette ligne qu'on doit situer les propositions qui peuvent être faites aujourd'hui.

18 – L'expropriation du domaine public au nom des changements d'affectation – Dira-t-on que, en suivant cette voie, on permet de véritables expropriations, par l'Etat, du domaine public d'autres collectivités publiques et que cela ne se peut pas en raison du principe d'inaliénabilité du domaine public ? Seule la première proposition est exacte.

Le mécanisme que l'on suggère, s'il peut permettre des transferts de gestion sans transfert de propriété, doit permettre aussi, lorsque cela s'impose, une véritable redistribution des propriétés publiques ; il est bien en cela une procédure d'expropriation que la loi ouvre à l'Etat au nom d'une juste distribution des affectations d'utilité publique. La consultation de la jurisprudence du XIXième siècle montre d'ailleurs que l'expropriation du domaine public local était admise sans difficulté dans de telles circonstances.

Mais cette expropriation ne contredit en rien l'inaliénabilité, car celle-ci protège, non pas le bien en lui-même, mais l'affectation d'utilité publique qu'il a reçu et qui, de toute évidence, n'est plus pertinente puisqu'il s'agit de la changer au nom d'un intérêt général plus actuel et plus prégnant. L'inaliénabilité ne relève pas du régime de propriété mais du régime d'affectation applicable au bien en cause

Au demeurant la proposition faite ici s'inscrit dans le droit fil du principe général exprimé plus haut (encadré n.1, supra, n. 9) qui substitue à l'affirmation de l'inaliénabilité du domaine public la règle que *« les biens du domaine public ne peuvent être aliénés que dans les conditions du présent code »*.

19 - Proposition de texte – Ceci conduit, pour la question ici examinée, à la proposition de texte suivante, en lieu et place de l'actuel article L 35 du code du domaine de l'Etat.

- Pour les transferts de gestion des immeubles dépendant du domaine public de l'Etat dont la destination est modifiée, la remise en est autorisée dans des conditions fixées par décret en conseil d'Etat.

- L'Etat peut, sans transfert de propriété, modifier l'affectation de biens appartenant à une collectivité locale ou à un établissement public, à la condition d'établir l'intérêt public national justifiant ce changement d'affectation et sous réserve, le cas échéant, d'indemniser la collectivité locale ou l'établissement public concerné du préjudice que lui causerait ce changement d'affectation. Les conditions de mise en œuvre de cette procédure sont fixées par décret en conseil d'Etat.
- L'Etat peut aussi exproprier les biens du domaine public ou privé des collectivités locales ou des établissements publics, pour un motif d'intérêt public national et dans les conditions ordinaires du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

B / Coexistence des propriétés publiques et privées

2O – Nécessité de rapports réels entre les propriétés publiques et privées – La coexistence des propriétés publiques et privées est un fait, rencontré aujourd'hui encore plus fréquemment que par le passé. On connaît ces « opérations immobilières complexes » qui font coexister des volumes ou emprises destinés à des réalisations privées, notamment commerciales ou de bureaux, et des emprises publiques conservées, généralement avec une affectation qui les fait entrer dans la domanialité publique. Le succès de ces opérations, parfois conduites et généralement initiées par les collectivités publiques propriétaires, veut que les volumes destinés à la construction privée puissent être cédés dans des conditions de parfaite clarté juridique quant à leur statut foncier.

Il convient en conséquence que puissent s'établir des rapports réels entre les propriétés publiques et privées, physiquement solidaires au sein d'un même ensemble immobilier.

2O bis – Les incertitudes du droit actuel – Or l'état actuel du droit sur ce point n'est pas sans ambiguïté.

Certes il n'y a pas de difficulté à organiser la coexistence de propriétés privées et de dépendances du domaine privé de personnes publiques. L'ensemble des instruments du droit commun de la propriété sont disponibles : servitudes réelles de la loi et servitudes réelles conventionnelles, copropriété, mitoyenneté, etc.

Mais plus souvent ce sont des dépendances du domaine public qui seront engagées dans l'opération (v. supra, n. 2O).Et on se heurte alors encore parfois à la proposition que l'inaliénabilité du domaine public aurait pour conséquence nécessaire l'interdiction des servitudes réelles sur les dépendances du domaine public (v. par exemple la présentation de cette thèse, négatrice des servitudes réelles au nom de l'inaliénabilité, in R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 2, n . 512 – Ph. Godfrin, *Droit administratif des biens*, p. 166 et 167).

Cette proposition est-elle même contestable.

21 - Le droit actuel admet les servitudes réelles sur le domaine public dès lors qu'elles sont compatibles avec l'affectation – Il ne faut pas en effet se méprendre sur l'état actuel du droit en la matière : au-delà des présentations qui en sont parfois faites, le

droit actuel admet les servitudes réelles sur le domaine public dès lors qu'elles sont compatibles avec l'affectation[7]

Sur le plan théorique et doctrinal, on a fait observer que l'inaliénabilité du domaine – réclamée pour interdire les servitudes réelles – était en réalité une inaliénabilité fonctionnelle, protectrice de l'affectation et non du bien pris en tant que tel ; il n'y a pas de raison, en conséquence, d'interdire les servitudes réelles qui non seulement sont compatibles avec l'affectation, mais encore – souvent – servent celle-ci. Cette analyse, reprise récemment, n'est pas nouvelle (v. notamment R Bonnard : *« il est admis que le domaine public peut être grevé de servitudes, mais seulement sous réserve de certaines conditions », Droit administratif*, p. 566).

En deuxième lieu, la jurisprudence judiciaire a toujours admis la constitution de servitudes réelles sur le domaine public dès lors que celles-ci ne compromettent pas l'affectation domaniale (c. cass. req., 12 et 3O mai 1932, Gaz. Pal. 1932, p. 357), précisant qu'en cas de contestation, c'est le juge administratif qui est compétent pour apprécier cette compatibilité (c. cass. 12 mai 1926, S. 1926, p. 23O).

On rappellera en troisième lieu – et qui va dans le même sens – la jurisprudence tant du juge administratif que du juge judiciaire qui admettent le maintien des servitudes préconstituées (c'est à dire antérieures à l'entrée du bien dans le domaine public) dès lors qu'elles ne contrarient pas l'affectation d'utilité publique donnée à ce bien et qui marque son entrée dans le domaine public (CE 11 mai 1959, *Dauphin*, Rec. Lebon, p. 294 – 13 juillet 1965, *Gué*, Rec. Lebon, p. 455 – et a contrario, pour le cas d'une servitude préconstituée mais devenue incompatible, CE 22 avril 196O, *Berthier*, Rec. Lebon, p. 264).

On fera encore état de la position constante des sections administratives du conseil d'Etat qui ne font pas difficulté pour admettre la constitution de servitudes sur le domaine public, autorisée par voie réglementaire, alors que cela n'aurait pas de sens si l'interdiction de telles servitudes était fondée sur le principe d'inaliénabilité qui est législatif. De nombreux textes réglementaires récents ont en effet prévu formellement la constitution de servitudes sur le domaine public pour des opérations d'urbanisme importantes qui, en général, supposaient un déclassement partiel de dépendances du domaine public ; plusieurs de ces textes ont été pris après avis du conseil d'Etat qui n'a fait aucune objection à leur légalité. D'une façon générale, ces textes, à la fois prononcent le déclassement des volumes à construire au-dessus ou au-dessous du domaine public, et autorisent la constitution de servitudes sur les dépendances du domaine public conservé.

Ceci montre clairement que, d'abord, déclassement en volume et établissement de servitudes réelles sont des questions complémentaires, liées dans la réalité de ces opérations ; ensuite et sur le plan des principes, qu'il n'y a aucun lien de nécessité entre inaliénabilité du domaine et prohibition des servitudes, dès lors que ces dernières respectent l'affectation du domaine.

Enfin le conseil constitutionnel, saisi de la loi du 25 juillet 1994 *relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, a affirmé sans ambiguïté qu' *« aucune disposition de ce texte* (relatif, on le répète, à la constitution de droits réels sur le domaine public) *n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine*

[7] Sur la présentation de la thèse de la possibilité de servitudes réelles conventionnelles compatibles avec l'affectation, v. not. Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, *Droit administratif des biens*, n. 479 et s., dont on reprend ici les analyses.

public » (c. consti. 21 juillet 1994, Rec. p. 96) ; autrement dit que le principe d'inaliénabilité ne comportait pas comme conséquence nécessaire l'interdiction des servitudes réelles sur le domaine public, et notamment au bénéfice des fonds privés voisins.

22 - Projet de texte - Dès lors – sans véritablement modifier l'état du droit positif, mais pour expliciter ce qui reste encore parfois incertain dans les esprits - il est proposé une disposition législative qui pourrait être rédigée comme suit.

- Les servitudes légales du code civil ne sont pas applicables de plein droit sur les dépendances du domaine public.

- Des servitudes conventionnelles peuvent être stipulées sur le domaine public, au bénéfice des fonds voisins, dès lors qu'elles sont compatibles avec l'affectation d'utilité publique donnée au fonds qui les supporte.

23 – Autres aménagements souhaitables – Ce qui a été dit de la constitution de servitudes réelles sur le domaine public pourrait être étendu à d'autres mécanismes juridiques de « coexistence » de propriétés publiques et privées riveraines ou imbriquées.

Ne devrait-on pas admettre ainsi, toujours sous la réserve que cela soit compatible avec l'affectation domaniale, la mitoyenneté, des mécanismes d'assurance commune, voire la copropriété ?

Ceci pourrait être l'objet de nouveaux textes, voire de nouvelles jurisprudences, fondés sur les principes qui viennent d'être exposés et qui situent exactement l'inaliénabilité, c'est à dire pour la protection de l'affectation domaniale et non pas de la propriété prise en elle-même.

C / Gestion et valorisation financière des occupations des propriétés publiques

24 – Cas des occupations du domaine privé – Les occupations du domaine privé, sous la forme de locations de droit commun, de concessions de logement ou selon toute autre modalité, font normalement intervenir le service des domaines.

Cette intervention du service des domaines est traditionnelle tant pour le patrimoine de l'Etat que pour celui des collectivités locales (décret des 18-27 mai 1791 – décret du 16 avril 1948). Les attributions des Domaines sont nombreuses et diverses et caractérisées par une extension croissante, accélérée depuis la seconde guerre mondiale, extension qui donne à ce service un droit de regard très général sur l'ensemble du patrimoine immobilier de l'Etat (et des collectivités locales) et concerne surtout le rôle le plus naturel et traditionnel de cette administration, à savoir la gestion du domaine privé.

Les compétences correspondantes sont détaillées aux articles L 45 et L 46 du code du domaine de l'Etat pour la gestion des biens mobiliers et aux articles L 47 à L 49 pour les bien immobiliers.

25 – Service des domaines et gestion locale – Le groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité de conserver un principe d'intervention nécessaire aussi général du service des domaines pour tous les actes de gestion du domaine privé, surtout lorsque cela s'étend au domaine privé des collectivités décentralisées.

Reste qu'à ce jour, la jurisprudence paraît peu favorable à une gestion locale "externalisée " du domaine privé. La cour administrative d'appel de Nancy a ainsi jugé qu'une région ne pouvait pas confier la gestion de son patrimoine à une régie personnalisée créée par elle : les dispositions du code général des collectivités territoriales applicables *« ont pour objet d'attribuer au président du conseil général une compétence exclusive en matière de gestion du patrimoine régional, sous réserve des délégations de signature éventuellement conférées par lui, (et) font obstacle à ce que le conseil régional puisse, en l'absence de toute disposition législative en ce sens, instituer une « régie régionale » dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière, chargée d'assurer la gestion et l'exploitation d'une partie dudit patrimoine »* (CAA Nancy, 16 avril 1998, *Région Nord-Pas-de-Calais,* D. adm. 1998 n. 3O8).

26 – Cas des occupations du domaine public – Les occupations du domaine public doivent être expressément autorisées par voie d'acte administratif. Elles sont consenties moyennant redevance.

Les principes applicables aux redevances domaniales ont été rappelés par un rapport récent du conseil d'Etat, notamment le caractère révisable de ces redevances et la détermination de leur montant en fonction principalement des avantages retirés par l'occupant de l'occupation qui lui est consentie (*Redevances pour services rendus et redevances domaniales,* rapport CE, Doc. fr. 2OO2). Il n'y a pas à revenir sur ces principes, sauf à souhaiter plus de clarté dans leur mise en œuvre et aussi une meilleure connaissance des produits financiers procurés par les redevances.

On se bornera donc à deux remarques relatives, l'une aux conditions d'attribution des titres d'occupation domaniale, l'autre à la possibilité de les céder.

27 – Attribution et cession des titres d'occupation du domaine public – Sur ces deux points en effet, une réflexion prospective peut être souhaitée pour déboucher, après validation, sur les textes appropriés.

a) Dans l'attribution des titres d'occupation domaniale, l'administration doit déjà écarter tout comportement qui pourrait être attentatoire aux principes de la libre concurrence, notamment ceux posés par l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence (CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, AJDA 1999, p. 427, concl. J.H. Stahl, note M. Bazex). Cela ne devrait-il pas conduire, au moins dans de nombreux cas, à un appel à concurrence obligatoire, selon les formules du droit communautaire, pour l'attribution des titres ?

b) Symétriquement, le moment paraît venu de permettre la cession, voire la cession partielle, du titre d'occupation domaniale, pendant la durée de celui-ci. Cette possibilité, de toute évidence, ajouterait à la valeur de l'occupation (donc aux redevances domaniales exigibles) et permettrait aussi d'actualiser et d'améliorer la gestion du domaine.

Dès à présent, dans certains cas, la loi a autorisé l'occupant domanial à céder son titre (loi du 25 juillet 1994 pour certaines occupations domaniales ; bail emphytéotique administratif de la loi du 5 janvier 1988 ; loi du 2O janvier 1995 pour les taxis ; etc.) ; par ailleurs la possibilité de céder un contrat a été confirmée par un avis très remarqué du conseil d'Etat du 8 juin 2OOO (AJDA 2OOO, p. 758) et on a des raisons de se demander si le raisonnement suivi dans le cas d'un contrat n'est pas transposable à l'hypothèse d'une autorisation unilatérale d'occupation du domaine public (en ce sens Y. Gaudemet, *Traité* précité, tome 2, n. 378 in fine).

Ce qui pourrait conduire au texte suivant :

Les titulaires d'autorisation d'occupation privative du domaine public ont la possibilité, sauf disposition contraire de leur titre, de demander à l'administration gestionnaire du domaine l'autorisation de céder ce titre, en tout ou partie. L'autorisation du gestionnaire du domaine ne peut être refusée que pour des motifs pris de l'insuffisance des capacités techniques ou financières du cessionnaire pressenti. Les modalités de la cession sont, le cas échant, précisées par décret en conseil d'Etat, en particulier celles relatives à une cession partielle du titre.

II / VALORISATION PAR INVESTISSEMENT

28 – L'investissement de valorisation sur des biens du domaine public ou privé et l'appel au financement privé - La valorisation des biens publics passera souvent par un nouvel ou un meilleur équipement de ceux-ci, c'est à dire par un investissement qui doit être financé.

Se pose alors la question de l'option entre un financement budgétaire, en régie ou par marchés, et un financement «externalisé» – en tout ou partie –, c'est à dire par appel à des fonds privés dans le cadre de ce que l'on appelle volontiers aujourd'hui une formule de partenariat. C'est l'objet des conventions de délégation de service public, sous toutes leurs formes ; ce peut être aussi celui de contrats d'occupation domaniale ; c'est encore pour cela que sont institués d'autre part de nouveaux contrats de partenariat public-privé, par une ordonnance distincte, sur la base de la même loi d'habilitation du 2 juillet 2003 (v. supra, n. 2).

Différents éléments, dont un certain tassement des possibilités budgétaires, tant de l'Etat que des collectivités locales, font que nombre d'investissements autrefois financés directement par les collectivités propriétaires, le sont aujourd'hui par appel à un financement privé ; s'ajoute à cela un certain engouement pour une « externalisation » de la gestion des activités d'intérêt général liées à la réalisation de cet investissement, au moins pour certains d'entre elles, partant de l'idée que l'administration ne serait pas toujours elle-même le meilleur gestionnaire.

Sur tous ces points, le groupe de travail, tout en étant attentif aux tendances du moment, tient à rappeler aussi que l' « externalisation » n'est pas toujours ni nécessairement le procédé de financement le plus économe des deniers publics, au moins sur le moyen terme

29 – Les garanties du financement de l'investissement - Reste que les questions qui sont examinées ici se situent dans le cadre de « partenariats » faisant, au moins pour une part, d'une façon ou d'une autre, appel au financement privé, parfois étendu à une participation à la gestion du bien ou du service dont ce bien est le support.

Cela passe par l'établissement de relations contractuelles entre partenaires public et privé, notamment sur le statut juridique des biens concernés. Et c'est sur le cadre juridique propre à accueillir ces relations contractuelles, à leur donner la sécurité et la « lisibilité » nécessaires, que portent les commentaires et propositions qui suivent.

3O – La possibilité de consentir des garanties et sûretés sur les actifs, biens et propriétés des personnes publiques - La possibilité pour le partenaire privé de disposer de garanties au titre du financement qu'il apporte est en effet de l'avantage des deux parties : elle diminue le coût du crédit ; elle permet l'investissement dans des conditions de sécurité juridique satisfaisantes. Or, dans de nombreux cas, seule la disposition de garanties ou de sûretés sur le bien réalisé, c'est à dire de sûretés réelles, permettra d'y parvenir.

Et l'état du droit à cet égard n'est pas satisfaisant : l'insaisissabilité des biens publics en général interdit en effet la constitution de toutes ces garanties et sûretés, puisque, en cas

de réalisation de la sûreté, le bien ne pourrait pas être saisi pour être vendu et permettre de désintéresser le créancier sur le prix de la vente.

En outre, pour les biens du domaine public, c'est l'inaliénabilité de principe de celui-ci qui est souvent présentée comme interdisant toute sûreté réelle sur les biens qui le composent.

Ces deux questions sont examinées ci-après (A et B). Auparavant, on rappelle ici d'un mot que la possibilité de céder le titre, notamment la possibilité de cessions partielles, - toutes questions examinées ci-dessus, n. 27 et 28 - est également à l'avantage bien compris du gestionnaire du domaine comme de l'investisseur : elle est la garantie d'une bonne utilisation du titre, dans la durée ; elle valorise l'autorisation donnée à l'occupant domanial

A / Garanties et sûretés et insaisissabilité des biens publics

31 – La jurisprudence « BRGM » de la cour de cassation – Saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Paris à propos du Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) (CA Paris, 18 mars 1986, Gaz. Pal. 14-15 déc. 1984, observ. Y. Gaudemet), la cour de cassation a rendu, le 21 décembre 1987, un arrêt de principe qui exclut les voies d'exécution du droit privé, et notamment les saisies, à l'égard de tous les biens de toutes les personnes publiques.

L'arrêt vise *un « principe général du droit….suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables »* et déduit de *« ce texte »* (sic) que, *« s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution du droit privé »* (cass. civ. 1ère, 21 déc. 1987, Bull. I, n. 348, p. 249). Peu auparavant, commentant un arrêt de la cour d'appel de Paris qui admettait, sous certaines conditions, la saisie de certains biens des établissements publics industriels et commerciaux (en l'espèce la SNCF), un annotateur important avait vigoureusement affirmé l'existence d'un *« principe en droit français selon lequel il n'y a pas de voie d'exécution contre les personnes publiques »* (R. Denoix de Saint Marc, note ss. CA Paris 11 juillet 1984, D. 1985, p. 174).

32 – Critique – On a pu regretter cette solution à l'époque et sa formulation de principe (v. par ex. P. Delvolvé, *L'exécution des décisions de justice contre l'administration*, EDECE 1984, p. 111, not. p. 131 ; et Y. Gaudemet, note précitée, supra, n.31) ; et son fondement théorique apparaît aujourd'hui entamé.

Par sa formulation de principe, l'arrêt BRGM paralyse une évolution que ne compromettait pas l'arrêt beaucoup plus circonstancié de 1951, *Société nationale des entreprises de presse* (cass. civ 2ième, 9 juillet 1951, D. 1952, p. 141), et sur la voie de laquelle plusieurs cours d'appel s'étaient engagées avec beaucoup de finesse et de pertinence dans l'analyse : voyant le fondement de l'insaisissabilité, non pas dans la nature du bien ni l'identité publique du propriétaire, mais uniquement dans les nécessités de la continuité des services publics assurés à partir de ces biens, elles proposaient de n'écarter les voies d'exécution que là et dans le mesure où cela apparaissait commandé

par ces exigences de continuité (arrêts précités de la Cour d'Appel de Paris notamment). La même analyse sous-tend un récent avis du conseil d'Etat[8].

Et c'est très exactement identifier le fondement et la portée de l'insaisissabilité. L'insaisissabilité protège la continuité et la bonne gestion du service public, lorsque les biens en cause sont le support nécessaire de celles-ci ; elle n'a aucune raison d'être en dehors de ces hypothèses.

On observera, à titre d'analogie, qu'aujourd'hui où la loi a ouvert largement le champ de l'injonction au juge administratif (c'est à dire, les voies d'exécution), le conseil d'Etat lui-même est attentif à n'en pas user là et lorsque cela est susceptible de compromettre la continuité des services publics[9] .

33 – Comment revenir sur la jurisprudence BRGM ? – Si l'on ajoute à ce qui vient d'être dit que l'absence de voies d'exécution et de possibilités de saisies n'est pas à l'avantage des personnes publiques, en ce qu'elle entrave et renchérit le recours au crédit dont elles (ou leurs partenaires privés) ont besoin pour financer les investissements réalisés sur leur domaine et donner des sûretés nécessaires aux préteurs[10], on se convainc – c'est du moins l'opinion du groupe de travail – que la jurisprudence BRGM doit être abandonnée dans sa formulation de principe.

33 bis – Méthode de la réforme - Mais les difficultés sont doubles : de méthode d'abord, car il s'agit de revenir sur une jurisprudence et non sur un texte ; de fond ensuite, car la prohibition des voies d'exécution du droit privé doit demeurer lorsque la continuité du service public est en cause, mais aussi chaque fois que le contentieux correspondant étant administratif, ce sont les procédures d'exécution propres à celui-ci qui s'appliquent.

34 – Projet de texte – D'où la formule –traduite par le projet de texte ci-après – qui, d'une part, prendrait place dans la législation de procédure civile relative à la saisie et aux voies d'exécution (par exemple après l'article 38 du décret du 31 juillet 1992, annexé au code de procédure civile) et, d'autre part, sur le fond, partirait du principe négatif de la jurisprudence actuelle en en précisant (et donc en en limitant) la portée

---

[8] Le conseil d'Etat, en effet, dans un avis du 30 janvier 1992 (*Grands avis du conseil d'Etat*, p. 249), s'est écarté du principe d'insaisissabilité et a admis la saisie possible de fonds déposés par une personne publique auprès d'un organisme de financement : *« lorsque les créances dont bénéficient les cocontractants de la Caisse centrale de coopération économique sont devenues liquides et exigibles, les fonds correspondants peuvent, quelle que soit leur origine, être saisis entre les mains de la Caisse par les créanciers des cocontractants de celle-ci »*, la réserve étant faite d'autre part de saisies qui compromettraient la régularité ou la continuité du service public dont la Caisse a la charge.
Outre qu'on retrouve là la doctrine – condamnée par la cour de cassation – qui limite l'insaisissabilité à ce qui peut compromettre le service public, le conseil d'Etat admet ainsi la saisie, par un tiers, de fonds détenus par la Caisse et déposés par une personne publique (*« les fonds… quelle que soit leur origine »*).

[9] v. par exemple, très révélateur à cet égard, l'arrêt qui abandonne le principe d'intangibilité de l'ouvrage public, mais exclut une injonction ce titre lorsque cela comporte « *une atteinte excessive à un intérêt général* » : CE 29 janvier 2OO3, *Synd. dép. de l'électricité et du gaz des Alpes-maritimes et Cne de Clans*, RFDA 2OO3, p. 483, concl. Ch. Maugüé, note Ch. Lavialle.

[10] V. aussi le récent article de E. Fatome, *A propos de l'apport en garantie des équipements publics* (AJDA 2OO3, p. 21), résumé comme suit : *« l'apport en garantie des équipements publics suppose que les équipements concernés puissent être saisis et donc n'appartiennent pas à une personne publique… »*.

- Ajouter après l'article 38 du décret du 31 juillet 1992 relatif aux procédures civiles d'exécution et pris en application de la loi du 9 juillet 1991 un article 38-1 ainsi rédigé : « Les biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, appartenant à des personnes publiques et nécessaires à la continuité d'une activité de service public ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire ».

B / Garanties et sûretés et inaliénabilité des biens du domaine public

35 – Position du problème – Une seconde difficulté – à ne pas confondre avec la précédente – est propre aux biens soumis au régime de domanialité publique.

En effet, de ce que les biens du domaine public sont inaliénables, on déduit parfois – trop vite – la proposition qu'aucun droit de propriété ne peut être reconnu à l'investisseur privé sur les équipements qu'il finance et réalise sur le domaine, en application de l'autorisation d'occupation domaniale qui lui a été consentie ; il en résulte que cet investisseur ne peut donner aucune garantie réelle pour le financement des équipements en cause.

On retrouve ici la proposition – abusive (supra, n. 2O et s.) – que la domanialité publique impliquerait l'interdiction des droits réels même compatibles avec l'affectation, mais « aggravée », si l'on peut dire, par le fait que cette prohibition est mécaniquement étendue du domaine public lui-même aux installations de l'occupant, implantées certes sur le domaine, mais financées, réalisées et exploitées par lui.

36 – Les lois de 1988 et 1994 – C'est cette conviction – erronée (v. infra, n. 36 bis) – de la propriété et de la domanialité publique étendues nécessairement aux installations de l'occupant autorisé qui est à l'origine des lois de 1988 et 1994 consacrant, dans des hypothèses limitativement énumérées, la possibilité de droits réels, la première pour certaines occupations du domaine public local, la seconde pour certaines occupations du domaine public de l'Etat et de ses établissements publics (loi du 5 janvier 1988, art. 13, reprise aux articles L 1311- 2 et s. du code général des collectivités territoriales ; loi du 25 juillet 1994 avec ses deux décrets des 6 mai 1995 et 2 décembre 1996, dispositif repris aux articles L 34-1 et s. et R 57-1 et s. du code du domaine de l'Etat) ; ces solutions ont encore été étendues à certains investissements domaniaux par les lois du 29 août et du 9 septembre 2002 (v. supra n. 2).

36 bis – Analyse critique - Il y a à l'origine de ces textes une confusion sur l'état du droit. La loi de 1988 et la loi de 1994 partent de la conviction que *« l'occupation ou l'utilisation par des personnes privées de dépendances du domaine public ne confère pas à ces dernières de droit réel… »* (loi de 1988) ou encore que *« l'inaliénabilité du domaine public interdisait de reconnaître aux occupants domaniaux des droits réels sur celui-ci et notamment la propriété des constructions qu'ils y édifient »* (loi de 1994, exposé des motifs). Or cela était et reste inexact, comme le rappelait déjà le rapporteur (non écouté) de la loi de 1988 au Sénat: *« la jurisprudence admet pour la durée du titre le droit de propriété de certains occupants sur les installations qu'ils réalisent »* (v. encore, infra, n. 37).

Du même coup, les lois de 1988 et 1994, celles encore aujourd'hui du 29 août et du 9 septembre 2002[11] ou, tout récemment, l'ordonnance du 4 septembre 2003[12], se présentant comme des dérogations à un principe négatif qui n'existe pas, ont trop souvent été comprises, par une sorte d'*a contrario*, comme posant implicitement, en dehors de leur champ d'application, le principe négatif qui déduirait de l'inaliénabilité l'impossibilité de reconnaître à l'occupant la propriété de ses installations ; et ceci a été dénoncé (Y. Gaudemet, *L'occupant domanial à l'épreuve de la loi*, Mél. G. Braibant, p. 3O8).

37 – Le principe de la propriété de l'occupant sur les installations et équipements qu'il réalise sur le domaine – Car le principe en réalité est inverse ; et il est constant dans la jurisprudence. Au-delà des confusions et erreurs de présentation qu'on vient de dire, la règle a toujours été que l'occupant autorisé a, pour la durée du titre et dans les conditions de celui-ci, un droit réel sur les constructions et installations qu'il réalise sur le domaine qu'il occupe.

La jurisprudence est abondante, constante et emploie même, comme allant de soi, le terme de « propriétaire » pour désigner l'occupant (voir les arrêts cités in Y. Gaudemet *Traité*, tome 2, n. 410 et s.). Récemment l'arrêt *Sté Sagifa* désigne l'occupant domanial comme le redevable de la taxe foncière parce que l'autorisation qui lui a été accordée comporte *« l'appropriation privative des installations superficielles »* qu'il a réalisées sur le domaine (CE 21 avril 1997, *min. budget c/ Sté Sagifa*, RFDA 1997, p. 94O, comm. E. Fatome et Ph. Terneyre, qui font le point de la question).

38 – Projet de texte – Il est donc proposé de rappeler ce principe, principe commun à toutes les autorisations domaniales, qui peut cependant être écarté – de façon explicite – par le titre, lorsque cela s'impose.

Ce qui conduirait d'autre part à la fusion des lois de 1988 et 1994, cette dernière conservée dans ses dispositions qui donnent le « mode d'emploi » du droit réel attaché à l'occupation domaniale dans les différentes hypothèses de cession ou d'engagement de celui-ci ; cependant que le projet de texte ci-après reprend presqu'à la lettre les formules de l'article L 34-1 actuel du code du domaine de l'Etat, issu de la loi de 1994, pour leur donner une portée générale.

Le titulaire d'une autorisation d'occupation d'une dépendance du domaine public a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages constructions et installations qu'il réalise pour l'exercice de l'activité autorisée par le titre. Ce droit confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation, les prérogatives et obligations du propriétaire.

[11] v. supra, n. 36

[12] Ordonnance du 4 septembre 2003 sur le système de santé, qui étend le BEA aux établissements publics de santé en général, avec les aménagements et compléments nécessaires, notamment quant à la procédure de passation de ces baux

III / VALORISATION PAR ALIENATION

39 – Fondements d'une politique active d'aliénation des biens publics devenus inutiles – La valorisation des propriétés et patrimoines publics, notamment ceux de l'Etat, passe aussi par l'aliénation, aux meilleurs conditions de marché, des biens et immeubles devenus inutiles ou même simplement non nécessaires à l'accomplissement des tâches de l'Etat, notamment en conséquence de la reconfiguration de certains services publics (fortifications et terrains militaires devenus inutiles aux besoins de la défense nationale, voies ferrées désaffectées, etc.)

Le principe de l'aliénation de ces propriétés publiques devenues inutiles est traditionnel dans notre droit. S'agissant du domaine immobilier de l'Etat, les articles L 53 et L 54 du code du domaine de l'Etat prévoient, le premier que *« les immeubles domaniaux reconnus définitivement inutiles aux services civils ou militaires affectataires doivent être remis au service des domaines »*, ainsi d'ailleurs que ceux des établissements publics de l'Etat et, le second que *« les immeubles du domaine privé de l'Etat non susceptibles d'être affectés ou utilisés, sont aliénés par le service des domaines qui en recouvre le prix »*.

Pour le domaine mobilier, l'article L 67 du même code dispose : *« doivent être remis au service des domaines, aux fins d'aliénation, spontanément ou sur demande, tous les objets mobiliers ou matériels quelconques détenus par un service de l'Etat dès que ce service n'en a plus l'emploi ou en a décidé la vente pour quelque motif que ce soit »* et l'article L 68 pose le principe de la vente de ces biens (ainsi d'ailleurs que de tous ceux non affectés acquis par confiscation, succession en déshérence, préemption, prise de guerre, etc.).

40 – Les aliénations pures et simples - Dans la période récente, cette politique d'aliénation valorisante a été spécialement organisée au sein de certaines administrations, notamment le ministère de la Défense nationale (création d'une mission de réalisation des actifs de la Défense) avec la mise en place d'un « circuit court » qui permet la réattribution directe au budget de ce ministère de l'essentiel du produit des ventes ainsi réalisées.

On sait que d'autre part des instructions ont été données récemment par le premier ministre de réaliser des ventes d'immeubles pour 500 millions d'euros, les recettes correspondantes devant être inscrites dans la loi de finances pour 2004.

D'autres propriétaires publics se sont fixé des objectifs de vente analogues (restructuration du patrimoine hospitalier de l'Assistance publique-Hopitaux de Paris ; vente d'actifs de La Poste et de France Telecom ; cession de logements par la ville de Paris ; etc.).

41 – Les aliénations avec restructuration – Il est fréquent également que les aliénations de dépendances domaniales ne soient que partielles : une partie seulement de la propriété publique est vendue ou encore – assez souvent dans les opérations structurantes importantes – un ou plusieurs volumes superposés ou sous-jacents à la propriété publique conservée ; le maintien d'une propriété publique, avec généralement les équipements publics qu'elle accueille, permet une valorisation particulièrement intéressante des terrains ou volumes cédés.

Ces « montages » sont fréquents depuis quelques années et ont permis des aliénations partielles par exemple de dépendances du domaine ferroviaire ou routier (immeubles superposés à la dalle de couverture des voies). Ils comportent, au-delà d'une aliénation partielle, l'imbrication de propriétés publiques et privées dans l'espace ou en volume. Et la possibilité d'organiser en droit, dans la durée, la coexistence de ces propriétés publiques et privées détermine largement la « faisabilité », et en tous les cas la rentabilité, de l'opération pour le propriétaire public.

42 – Les aliénations de refinancement (lease back) – Enfin certains établissements publics se sont engagés ces dernières années dans des opérations de cession d'immeubles leur appartenant et qu'ils continuent à occuper et utiliser comme locataire (opération de « lease back »).

Ce schéma se distingue des précédents en ce que, d'abord, il obéit à des considérations exclusivement financières et de bonne gestion des immeubles concernés, et ensuite en ce que, en droit, l'affectation de l'immeuble ne cesse pas, celui-ci restant utile et utilisé par la personne publique propriétaire.

43 – La recherche du meilleur prix – Dans toutes ces hypothèses, l'immeuble doit être vendu au meilleur prix, c'est à dire celui qui résulte du marché des acquéreurs potentiels. L'Etat propriétaire (et les autres personnes publiques) n'est ni mécène ni spéculateur (Cl. Martinand).

Cela implique que l'administration soit armée dans cette fonction d'identification et de sollicitation du marché. Des réflexions sont engagées sur l'organisation et la promotion de cette fonction au sein des services de l'Etat, notamment dans le cadre de la mission récemment confiée à M. Olivier Debains par le premier ministre.

Quelles sont les difficultés ou contraintes juridiques de l'exercice ?

44 – La contrainte de l'inaliénabilité des biens du domaine public – De toute évidence, la principale difficulté aujourd'hui – dès lors qu'il s'agit de vendre – est la règle d'inaliénabilité des biens du domaine public qui figure à l'article L. 52 du code du domaine de l'Etat, et qui vaut à l'identique pour le domaine public des autres personnes publiques.

L'obstacle de l'inaliénabilité est aggravé par une interprétation jurisprudentielle qui – en dehors des cas où la loi elle-même consacre la domanialité publique – a abouti à reconnaître de plus en plus largement, de plus en plus facilement, les éléments de la domanialité publique ; il en résulte une hypertrophie du domaine public et donc l'inaliénabilité de principe de la très grande majorité des propriétés publiques.

45 – Plan de ce chapitre. Des propositions doivent être faites pour ramener la domanialité publique – et donc l'inaliénabilité – à la fonction qui est la sienne, la protection de l'affectation aux utilités publiques (A). Constatant d'autre part que le régime de domanialité publique – et l'inaliénabilité – n'a pas de raison de perdurer lorsque cesse l'affectation, le groupe de travail propose d'alléger et de rendre réalistes les procédures de désaffectation et de déclassement (B).

A - Réduire le domaine public

46 – Hypertrophie du domaine public - L'hypertrophie actuelle de la domanialité publique, bien connue et assez uniformément critiquée, est due à la conjonction de plusieurs facteurs qu'on se bornera à rappeler.

Autrefois plus ou moins consciemment lié au domaine naturel et au domaine routier puis ferroviaire et au domaine militaire, le domaine public est devenu aussi celui qui est affecté aux services publics, à n'importe quelle sorte de service public, services publics qui constituent une catégorie floue mais en perpétuelle expansion.

Le domaine public d'autre part peut être aujourd'hui celui de l'Etat et des collectivités territoriales, mais aussi celui de toutes les personnes publiques spéciales, y compris les établissements publics industriels et commerciaux et même lorsque la gestion de ces derniers est spécialement placée par la loi (ou par la jurisprudence) sous un régime de droit privé.

La nécessité d'un critère réducteur, celui de l'aménagement spécial, affirmée du jour où le domaine public a été celui des services publics et non plus seulement celui affecté à l'usage direct du public, n'est plus présentée qu'à titre de rituel, mais sans substance véritable. La jurisprudence dite de la domanialité publique globale[13], combinée avec la reconnaissance possible d'une domanialité publique virtuelle[14], a en tous les cas privé ce critère de toute portée utile et même de toute signification.

Va encore dans le même sens, celui de l'hypertrophie du domaine public, la conviction, exprimée par certains avis du conseil d'Etat, que la domanialité publique de surface emporte celle du dessous et du dessus, alors même que ceux-ci ne participeraient pas à l'affectation du bien (ou retrouve ici la confusion déjà relevée entre l'accession attachée au droit de propriété et le régime exorbitant de la domanialité publique qui doit rester limité à ce que requiert l'affectation).

47 – Limiter la domanialité publique par la loi - Les solutions qu'on vient de dire sont à la discrétion de la loi.

Le principe d'inaliénabilité du domaine public lui-même résulte de la loi ; et, en tous les cas, le conseil constitutionnel a, à plusieurs reprises, reconnu la faculté pour le législateur de décider de l'appartenance ou non au domaine public, soit pour certaines catégories de biens, soit en déterminant les critères généraux de la domanialité publique (v. not. c. consti. 23 juillet 1996, à propos des biens de France Telecom alors établissement public ; et auparavant 18 septembre 1986, à propos de la loi sur la liberté de communication).

Sans doute la propriété publique elle-même bénéficie d'une protection constitutionnelle, la même que celle des personnes privées ; sans doute les libertés qu'accueillent certaines

[13] La domanialité publique globale conduit à ranger sous un même régime de domanialité publique l'ensemble des biens inclus dans une emprise foncière déterminée, y compris ceux qui ne sont pas aménagés ni affectés à une utilité publique (CE 1er oct. 1958, *Hild*, Rec. Lebon, p. 463 – TC 7 juillet 1975, *Debans*, Rec. Lebon, p. 797 – et nombreuse jurisprudence, à propos de dépendances domaniales variées)

[14] *« Le fait de prévoir de façon certaine l'affectation d'un terrain nu à une utilité publique »* fait entrer celui-ci dans le domaine public, alors même qu'il n'a encore reçu aucun aménagement et ne peut évidemment être utilisé (avis CE 31 janv. 1995, *Grands avis*, p. 343).

dépendances domaniales, telle la liberté d'aller et venir, et la continuité des services publics développés à partir d'autres dépendances domaniales correspondent à de règles ou principes de valeur constitutionnelle ; mais cela n'implique en aucune façon un principe constitutionnel autonome d'inaliénabilité du domaine public, encore moins l'impossibilité, pour la loi, de limiter le champ du régime de domanialité publique[15].

Il appartient donc à la loi d'apporter aujourd'hui à la domanialité publique et à l'inaliénabilité qu'elle comporte les limites ou aménagements nécessaires.

48 – Les bureaux « banalisés » et le rétablissement du critère réducteur de l'aménagement spécial – De l'avis quasi-unanime, le régime de la domanialité publique et le principe d'inaliénabilité qu'il comporte n'ont pas de raison d'être pour les immeubles de bureaux « banalisés » utilisés par les administrations publiques. Ceci d'autant plus que les mêmes services sont souvent accueillis aujourd'hui dans des immeubles en copropriété qui ne sont pas soumis au régime de domanialité publique.

A l'origine, le critère de l'aménagement spécial avait d'ailleurs été dégagé pour exclure cette catégorie de biens de toute soumission au régime de la domanialité publique ; on sait ce qu'il en est advenu. Il est proposé de revenir par la loi sur la formulation de ce critère réducteur, mais en le faisant précéder l'affectation au service public, de telle sorte que l'on ne puisse plus considérer que cette dernière « fait présumer l'aménagement spécial » (concl. D. Labetoulle ss CE 3 mars 1978, *Lecoq*, AJDA 1978, p. 581). Ce qui conduit à reprendre ici le texte du n. 9 ci-avant, en son dernier alinéa.

- Les biens appartenant à une personne publique sont soumis au régime de la domanialité publique lorsqu'ils sont affectés à l'usage direct du public ou ont fait l'objet d'aménagements spéciaux indispensables à une activité de service public.

- Les immeubles de bureaux appartenant à des personnes publiques font partie de leur domaine privé.

49 – Cas particulier des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat – Dans cette même perspective de réduction raisonnable de la domanialité publique, on doit réfléchir au cas particulier des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat et aux précédents que constituent à cet égard les formules adoptées pour France Telecom puis pour La Poste, respectivement par les lois des 26 juillet 1996 et 11 décembre 2001 (art. 22-1).

Le système mis en place rend en principe aliénables les biens de ces établissements publics, dans les conditions du droit commun, y compris ceux qui feraient partie de leur domaine public, mais sous la réserve d'une vérification préalable par le ministre de tutelle de la non-nécessité des biens à céder pour la continuité du service public et les exigences de l'affectation domaniale. Cette vérification prend la forme d'une information préalable du ministre, qui peut s'opposer à l'aliénation projetée pour les motifs liés aux nécessités de l'affectation du bien en cause qu'on vient de dire.

Le Congrès des notaires, en 2002, a émis le vœu que ce système soit étendu à tous les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat, au moins aux biens de ceux-

[15] Voir E. Fatôme, *A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public*, AJDA p. 1192 et 1404.

ci qui présentent le caractère de bureaux banalisés. C'est la formule qui est reprise ci-après, en reprenant les deux propositions déjà explicitées (v. supra n. 48).

- Les biens appartenant à une personne publique sont soumis au régime de la domanialité publique lorsqu'ils sont affectés à l'usage direct du public ou ont fait l'objet d'aménagements spéciaux indispensables à une activité de service public.

- Les immeubles de bureaux appartenant à des personnes publiques font partie de leur domaine privé.

- L'aliénation des biens immobiliers des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat est possible dans les conditions du droit commun. Les ministres des finances et chargé du contrôle de l'établissement concerné en sont préalablement informés ; ils s'y opposent si les biens en cause sont indispensables, en raison notamment des aménagements qu'ils ont reçus, à la continuité du service public concerné ou au bon exercice d'une liberté constitutionnellement garantie. Les modalités de ce régime d'autorisation préalable sont fixées par des décrets en conseil d'Etat.

B – Aménager les déclassements

50 – Etat du droit – En l'état actuel du droit, et sauf dispositions spéciales, un bien qui fait partie du domaine public ne peut être soustrait au régime correspondant que si, d'une part, il n'est plus utile à l'affectation du domaine et, d'autre part, il a fait l'objet d'un acte explicite de déclassement de la part de l'autorité propriétaire ou gestionnaire du domaine. La soustraction d'un bien au régime de la domanialité publique suppose la conjonction d'une condition de fond, la désaffectation, et d'une condition de procédure, l'acte de déclassement.

Bien plus, pour être pertinent et valable le déclassement doit constater la désaffection ; il est un acte récognitif de cette désaffectation de fait ; et il est donc un acte administratif subséquent. Dans la chronologie de la « sortie » du domaine public, pour permettre l'aliénation d'un bien devenu inutile à l'administration, la désaffectation doit précéder l'acte de déclassement qui la constate.

Cela n'est pas particulièrement source de difficulté lorsque l'affectation a depuis longtemps cessé en fait. Mais les difficultés sont réelles – et presque insurmontables – lorsque la désaffectation est contemporaine de la vente que doit permettre le déclassement : cas par exemple de la vente d'un ensemble hospitalier, alors que le transfert des activités hospitalières sur un autre site doit se prolonger dans le temps ; cas de la vente de terrains incluant des éléments de voirie, dans la perspective d'une restructuration et d'un déplacement de celle-ci, mais qui ne se feront précisément qu'au rythme des travaux menés par l'acquéreur ; etc.

55 – Portée d'une réforme sur ce point – Si l'état du droit peut être jugé insatisfaisant et, pour tout dire, excessivement rigide dans les hypothèses qu'on vient de dire, il ne peut être question d'écarter – sauf texte spécial – le principe d'un déclassement formel, seul propre à éviter des « sorties » clandestines du domaine public qui résulteraient de la seule désaffectation des biens.

Mais on peut souhaiter, pour la bonne fin des aliénations décidées par les propriétaires publics, aménager le droit des déclassements. La formule la plus appropriée paraît être de permettre le déclassement en cours de désaffectation du bien et avec la condition résolutoire (donc aussi de la vente) d'une désaffectation effective.

Cela n'est pas possible par la seule voie conventionnelle, la condition de la désaffectation apparaissant comme une condition potestative illégale dans un contrat de vente si elle n'est pas fondée dans la loi ; en revanche la loi peut, semble-t-il, ouvrir cette faculté aux parties ; d'où le texte suivant.

- Sauf disposition spéciale contraire, l'aliénation d'un bien du domaine public n'est possible qu'après déclassement de ce bien prononcé par l'autorité propriétaire ou gestionnaire du domaine qui vérifie que l'affectation du bien a cessé.

- Lorsque cette affectation ne peut cesser que progressivement, en raison des nécessités du service public en cause, l'acte de déclassement indique, à titre de condition résolutoire, le délai dans lequel cette désaffectation sera acquise. L'acte de vente peut comporter la même clause, emportant résolution de la vente au cas où la désaffectation n'est pas intervenue dans le délai indiqué.

POSTFACE

Les travaux menés par le groupe de travail constitué sous l'égide de l'Institut de la Gestion Déléguée ont manifestement enrichi et renforcé le sentiment partagé par beaucoup d'une ardente obligation de simplifier et de moderniser notre droit des propriétés publiques. Les signes précurseurs de ce consensus ne manquaient certes pas : l'on peut citer les observations critiques des juridictions financières sur l'absence de comptabilité patrimoniale au sein de l'Etat, les réflexions de la doctrine et des praticiens sur la valorisation économique du domaine public[16] et, plus récemment, les enquêtes menées par l'Inspection générale des finances sur la gestion immobilière de l'Etat ou les préconisations du rapport rédigé par M. Debains sur l'optimisation des moyens de gérer l'immobilier de l'Etat.

Le groupe de travail fut encouragé, en chemin, par la perspective d'une réforme en profondeur du code du domaine de l'Etat : l'article 34 (2ème alinéa) de la loi du 2 juillet 2003 *habilitant le gouvernement à simplifier le droit* sera suivi d'une ordonnance de refonte, de simplification, d'harmonisation et d'amélioration des dispositions relatives à la gestion domaniale publique. Une telle ambition représente cependant un défi considérable puisqu'il consiste à réviser un corpus de textes souvent complexe, parfois poussiéreux et conçu principalement pour protéger les biens publics, afin de promouvoir une approche économique du droit du domaine public.

Au-delà de l'intérêt que peut présenter pour les personnes publiques l'aliénation de ses biens, il s'agit pour les gestionnaires du domaine public d'être en mesure de faciliter des projets de valorisation. Le financement de telles opérations ne saurait intervenir si le cadre juridique propre à la domanialité publique n'offre pas un minimum de sécurité, de lisibilité et de souplesse pour les investisseurs ou pour les prêteurs. La loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public a incontestablement constitué une étape majeure qu'il convient maintenant de dépasser. L'adoption des lois d'orientation pour la sécurité intérieure et pour la justice et celle de l'ordonnance instituant des contrats de partenariat ont enrichi la gamme des outils contractuels pour le plus grand bénéfice des acteurs publics et des opérateurs privés.

Il serait regrettable, alors que le droit français des contrats publics procède d'un réalisme grandissant en prenant notamment mieux en considération les contraintes de financement, que la réalisation de projets sur le domaine public se heurte à la complexité voire à l'archaïsme du droit domanial. Si le rapport établi par l'Institut de la Gestion Déléguée avait contribué à éviter un tel paradoxe, il aurait démontré son utilité en renouant avec le principe énoncé par Portalis dans le livre préliminaire du code civil : « *toutes les lois se rapportent aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité des personnes* ».

Laurent Deruy
Avocat à la Cour

[16] V. les actes du colloque « Domaine public et activités économiques » *in* CJEG, n° hors série octobre 1991

ANNEXES

ANNEXE n°1

***

Composition du Groupe de Travail

COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

Président

Dieudonné MANDELKERN, Président de Section au Conseil d'Etat (honoraire), Vice-Président de l'Institut de la Gestion Déléguée

Rapporteurs

Yves GAUDEMET, Professeur de droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Laurent DERUY, Avocat à la Cour

Membres :

Isabelle APRILE, Directrice administrative et financière, SODEXHO

Xavier BEZANCON, Délégué Général, Entreprises Générales de France BTP

Jacqueline CAPPE, Directeur des financements spécialisés, DEXIA - Crédit Local

Gérard DAUPHIN, Sous-Direction des Affaires Foncières, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Anne FLORETTE, Directeur du Patrimoine, Réseau Ferré de France

Eliane FREMEAUX, Notaire

Gilles LE CHATELIER, Maître des requêtes, Conseil d'Etat

Andrée MARCHESSOU, Directeur juridique, Communauté urbaine de Strasbourg

Christian PISANI, Notaire

André PONE, Notaire

Rémi VAN LEDE, Sous-Direction des Affaires Foncières, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Bruno WISSE, Directeur juridique, ELIOR

Coordination des travaux

Pierre VAN DE VYVER, Délégué Général, Institut de la Gestion Déléguée

Benoît NEVEU, Avocat à la Cour, Chargé de mission à l'Institut de la Gestion Déléguée

ANNEXE n°2

***

Auditions

LISTE DES PERSONNALITES AUDITIONNEES

Le groupe de travail a souhaité compléter ses premières réflexions consacrées à l'analyse de la notion de « valorisation » et l'identification des divers instruments de valorisation en auditionnant une série de personnalités directement impliquées dans des opérations de valorisation de biens publics (propriétaires publics, opérateurs, organismes financiers).

Les membres du groupe de travail ont ainsi rencontré :

- **Jacques BRUCHER**, Chef de la Mission de Réalisation des Actifs Immobiliers, Ministère de la Défense

- **Michel ZULBERTY**, Directeur général, Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du Ministère de la Justice

- **Guy BERNFELD**, Directeur du Patrimoine et de la Logistique, Assistance Publique – Hôpitaux de Paris

- **Andrée MARCHESSOU,** Directeur juridique, Communauté Urbaine de Strasbourg

- **Christophe SCHNEIDER**, Responsable du patrimoine, Port autonome de Marseille

- **Bruno WISSE** et **Jérôme CELLIER**, Direction juridique, ELIOR

- **Antoine FAYET**, Président SCIC Développement

- **Françoise REFABERT** et **SIMON KEELING**, Société Générale

- **David AZEMA,** Directeur général de Vinci Concessions et **François LE VERT**, Directeur de la communication, Vinci Park

- **Robert CALCAGNO**, Directeur général, EGIS

Chaque séance d'audition s'est organisée en deux temps : un exposé par lequel la personnalité auditionnée faisait part de son expérience de valorisation de biens publics, suivi d'échanges avec les membres du groupe de travail au travers d'une série de questions/réponses.

Une synthèse de chacune de ces séances d'audition figure ci-après.

Audition de Jacques BRUCHER,
Chef de la Mission de Réalisation des Actifs Immobiliers, Ministère de la Défense
(11 septembre 2002)

I. EXPOSE

Après avoir présenté la Mission de Réalisation des Actifs Immobiliers (MRAI) du Ministère de la Défense **(1)**, M. BRUCHER a décrit aux membres du groupe de travail les méthodes de valorisation – et plus précisément de cession – que la MRAI est appelée à mettre en œuvre **(2),** illustrant son propos de quelques exemples **(3)**.

1. Présentation de la MRAI

La MRAI a été créée en 1987, afin d'accompagner les mouvements de restructuration militaire.

La réduction du format des armées à la fin des années 1980, puis la suppression du service militaire ont conduit à la disparition de nombreux régiments. S'est alors posée la question de l'avenir de l'immobilier correspondant.

Le choix a été celui de ne pas conserver les emprises désormais inutilisées et de procéder à la cession de ces biens.

Deux décrets sont intervenus pour faciliter ces cessions :

- le décret n°97-191 du 26 février 1997, afin de permettre au Ministère de la Défense de récupérer le produit des cessions par le biais de fonds de concours affectés au budget de la Défense ;

- le décret n°97-1119 du 3 décembre 1997, afin d'introduire des éléments de souplesse quant aux règles applicables aux cessions (en particulier celles découlant des dispositions du Code du domaine de l'Etat), et notamment de permettre des ventes de biens à l'amiable à des collectivités publiques.

S'appuyant sur ces textes, la MRAI procède aux cessions des biens laissés vacants. Six négociateurs se répartissent le territoire national à cet effet.

Depuis sa création, la MRAI a déjà traité plus de 1500 dossiers pour une valeur d'environ 560 millions d'euros.

2. Méthodes de valorisation mises en œuvre

Environ deux tiers des cessions qu'opère la MRAI s'effectuent à l'amiable avec des collectivités publiques ***(a)***, le tiers restant des ventes se déroulant par adjudication publique, au profit de personnes privées ***(b)***.

(a) cessions à l'amiable à des collectivités publiques

Lorsque le Ministère de la Défense décide de se séparer d'un bien immobilier, la MRAI se charge d'en informer, par l'intermédiaire du préfet, le ou les maires des communes susceptibles d'être intéressées par l'acquisition du bien. Dans la majorité des cas, les élus souhaitent se porter acquéreur afin de pouvoir maîtriser le site laissé vacant.

Une réflexion sur la reconversion du site s'amorce alors.

A ce stade, diverses difficultés peuvent se présenter :

- les sites militaires sont le plus souvent des sites fermés qu'il s'agit d'ouvrir sur l'extérieur ;

- les sites militaires appartiennent à des parcelles « réservées » par les plans d'occupation des sols, et aujourd'hui les plans locaux d'urbanisme : il revient à la commune de modifier les documents d'urbanisme afin de rendre ces terrains constructibles ;

- l'évaluation du prix de cession du bien est souvent délicate.

A ce dernier égard, la MRAI se refuse à évaluer *a priori* les biens qu'elle met en vente. Cette évaluation s'effectue en prenant en compte le devenir du bien, c'est à dire le projet d'utilité publique que la collectivité entend mener sur le site dont elle se porte acquéreur.

Des études de reconversion sont mises en œuvre, souvent menées par des comités de pilotage associant l'administration aux élus concernés.

Aussi, est-ce seulement lorsque la collectivité sait ce qu'elle veut faire du bien que les services fiscaux interviennent pour évaluer le bien, et que sur la base de cette évaluation s'opère la négociation du prix.

(b) ventes par adjudication publique à des personnes privées

Certains biens sont susceptibles d'intéresser des acquéreurs privés. C'est notamment le cas des bâtiments de gendarmerie ou encore des hôtels de commandement, lesquels peuvent en particulier être aisément transformés en logements.

Dès lors que la valeur d'un bien excède le montant de 150 000 euros, la MRAI ne peut cependant pas se livrer directement à des négociations avec des acheteurs privés, et se trouve confrontée à l'obligation de procéder à une adjudication publique.

3. Exemples de valorisations

- Base de sous-marins de Lorient (56) : cession à la Ville de Lorient et réhabilitation de deux halles en béton en vue de la réimplantation d'entreprises;

- Emprises militaires de Fontainebleau (77): illustre le problème de la reconversion de sites dans des zones d'activité économique assez faible;

- Reconversion de la caserne de la rive droite de Bordeaux (33): le site représente un enjeu de développement très important pour la ville.

II. QUESTIONS

§ Monsieur le professeur GAUDEMET remarque que les opérations menées par la MRAI ont été présentées comme consistant essentiellement en des cessions à des collectivités locales en vue très souvent d'une revente ultérieure, et relève que cette pratique semble se heurter à la règle d'inaliénabilité

des dépendances du domaine public. Il s'interroge sur le point de savoir si ces opérations ne constituent pas en réalité pour la plupart des transferts de gestion.

Ø Monsieur Jacques BRUCHER précise que les transferts de gestion sont rares. Le plus souvent, le ministère de la Défense procède au déclassement des biens, lesquels, au moment de la vente, ont perdu leur affectation d'intérêt général. L'affectation ultérieure des biens cédés, à savoir dans la majorité des cas, le développement d'activités économiques ou la création de logements, relèvera certes d'un intérêt public, mais ne justifiera que rarement un classement dans le domaine public.

§ Maître Laurent DERUY exprime sa surprise face à la prééminence donnée aux collectivités locales dans ces opérations, et se demande si ces opérations ne seraient pas finalement plus lucratives en faisant appel à des investisseurs privés.

Ø Monsieur Jacques BRUCHER reconnaît qu'effectivement un profit financier plus important pourrait parfois être retiré de la vente des biens à des personnes privées. La Cour des comptes a d'ailleurs déjà formulé des remarques en ce sens. Mais il souligne combien la réduction des armées a, dans de nombreux cas, porté préjudice aux collectivités locales. A cet égard, l'Etat ressent une responsabilité dans l'accompagnement de la reconversion des sites (création d'un dispositif interministériel de fonds de restructuration pour abonder ces opérations de cession, intervention de fonds européens,…), et de donner la priorité aux collectivités au détriment d'une pure logique financière.

§ Monsieur Gérard DAUPHIN fait remarquer qu'un terrain réservé à des activités militaires devient inconstructible, et que par conséquent les opérations de réhabilitation sont souvent subordonnées à la modification par les communes des documents d'urbanisme.

Ø Monsieur Jacques BRUCHER reconnaît que le fait que les communes soient responsables de l'affectation du sol les dote d'un important levier. Il indique cependant que de nombreux contrats de cession prennent en compte cette donnée à travers des clauses de sauvegarde. Ces clauses stipulent que si, en raison d'une modification de la réglementation d'urbanisme, le projet de réhabilitation d'un site militaire s'avère plus rentable que les parties ne l'avaient prévu au moment de la cession, ce gain de rentabilité fera l'objet d'un partage entre la commune et l'Etat (versement d'un complément de prix).

Maître Christian PISANI fait remarquer que la validité en droit privé de ce mécanisme de versement d'un complément de prix est subordonnée au fait que l'activité des parties soit étrangère au gain de rentabilité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

§ Monsieur le professeur GAUDEMET s'interroge sur les raisons pour lesquelles les collectivités locales tiennent presque systématiquement à se porter acquéreur d'un foncier destiné ensuite à être affecté à des activités privées.

Ø Monsieur Jacques BRUCHER indique que peu nombreuses sont les collectivités désireuses de constituer des réserves foncières afin de louer ensuite les terrains acquis. Dans la majorité des cas, les collectivités se portent acquéreur car elles souhaitent maîtriser les opérations dans leur ensemble, procéder aux aménagements, et ensuite revendre par lots.

Audition de Michel ZULBERTY,
Directeur général, Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du Ministère de la Justice
(11 septembre 2002)

I. Exposé

Après avoir présenté les grands traits d'organisation de la maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la Justice **(1)**, M. ZULBERTY a fait part aux membres du groupe de travail de quelques opérations de valorisation menées par l'Agence de Maîtrise d'Ouvrage des Travaux du Ministère de la Justice (AMOTMJ) **(2)**.

1. Organisation de la maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la Justice

Le ministère de la Justice est l'important propriétaire d'un patrimoine se répartissant en trois catégories:

- l'administration pénitentiaire: 2,5 millions de m² (182 établissements)
- les services judiciaires et les juridictions: 1,8 millions de m² (775 implantations)
- la protection judiciaire de la jeunesse: 400 000 m² (440 implantations)

Pour l'essentiel, ce patrimoine est hérité de mises à disposition par les collectivités locales : au lendemain de la guerre pour ce qui concerne les locaux pénitentiaires, en 1987 s'agissant des juridictions. Le ministère de la Justice ne disposait d'aucune expertise pour gérer ces biens. Dès la fin de la guerre l'administration pénitentiaire a commencé à mettre en place quelques équipes. Dans les années 1960, fût d'abord créée une direction de l'administration générale, puis à la fin de ces mêmes années, une sous-direction du patrimoine et de la logistique en vue notamment de permettre à l'Etat d'assurer la maîtrise d'ouvrage pour la construction ou la réhabilitation de bâtiments.

A la fin des années 1980, devant notamment l'augmentation du nombre de prisonniers, des problèmes patrimoniaux se sont posés dans le secteur pénitentiaire. Il y avait 48.000 détenus pour 32.500 places. L'idée fut dans un premier temps de confier au secteur privé la création et la gestion de 15.000 nouvelles places en établissement pénitentiaire (« Programme 15000 »). Suivant le modèle en vigueur aux USA. Le législateur a estimé que l'Etat ne pouvait se dessaisir de son rôle régalien quant à la surveillance des détenus. Par ailleurs, il a décidé de donner au ministère de la Justice les moyens de financer les équipements. Une Délégation pour la réalisation des établissements pénitentiaires (DREP) fut mise en place pour conduire cette opération.

Une loi fut votée le 22 juin 1987 qui autorise le ministère de la Justice à confier à des opérateurs privés le soin de concevoir et de construire de nouveaux établissements en leur demandant ensuite d'en assurer le fonctionnement (maintenance, hôtellerie, santé, transport des détenus, formation professionnelle, travail, logistique…) pendant dix ans, à l'exclusion des fonctions de direction ou de gardiennage.

Chaque opération a donné lieu à la passation de deux marchés: un marché de conception-construction et un marché de fonctionnement, ce dernier étant facultatif et conclu à l'issue d'une comparaison public/privé à partir de propositions de service sur dix ans. Les propositions du secteur privé sont apparues dans tous les cas plus intéressantes, mais, à la demande du Ministère de l'Economie et des Finances, quatre établissements sur les vingt-cinq à construire furent laissés en gestion publique afin de servir d'étalon de comparaison.

L'ensemble du programme, duquel les maisons centrales ont été retirées, et qui fut donc reconfiguré sur 13.000 places de ce fait, a été réalisé entre 1987 et 1991, à la satisfaction de toutes les parties.

La DREP ayant accompli sa mission, devait être dissoute. Il n'en fut rien car en 1991, le Garde des Sceaux étendit ses prérogatives au volet judiciaire en constituant une direction de mission, la délégation générale au programme pluriannuel d'équipement du ministère de la Justice. La DGPPE prit en charge la réalisation des schémas directeurs judiciaires entre 1991 et 1992 afin de faire un inventaire du patrimoine, d'effectuer un diagnostic technique, de fonctionnement et de prévoir les nouveaux besoins à l'horizon 2015. Pour chaque besoin identifié, divers scénarios ont ensuite été envisagés en collaboration avec les administrations et les

collectivités locales. Un vaste programme a pu ainsi être mis au point, une loi de programmation pluriannuelle (1995-1999) venant garantir les moyens financiers de son exécution. Cette loi incluait de plus la réalisation de six établissements pénitentiaires : « le programme 4000 ».

L'année 2000 fut celle d'une prise de conscience de l'obsolescence, de l'état de vétusté des prisons et de la nécessité de mettre en œuvre un important programme de restructuration (livre du médecin chef de la prison de la Santé Véronique Vasseur, rapports de l'Assemblée Nationale et du Sénat). Le 8 novembre 2000, le Premier Ministre annonçait la mise à disposition du ministère de la Justice d'une somme de 10 milliards de francs destinée à permettre la remise en état du patrimoine pénitentiaire, ainsi que la création d'un établissement public dédié à ce programme.

Conscient de l'intérêt de ne pas disperser les moyens de production, la Chancellerie a décidé que cet établissement public devait avoir vocation à construire et même gérer tous les types de bâtiment du ministère de la Justice. Il fut décidé de créer l'Agence de Maîtrise d'Ouvrage des Travaux du Ministère de la Justice (AMOTMJ).

Actuellement, ce sont environ trois milliards d'euros qu'il est prévu d'investir sur les dix années à venir, en associant encore davantage les partenaires privés. La loi d'orientation et de programmation pour la Sécurité Intérieure du 29 août 2002, ainsi que la loi d'orientation et de programmation pour la Justice du 10 septembre 2002 visent notamment à offrir les moyens financiers et des outils pour faciliter ce recours au secteur privé:

- dérogation à la loi MOP permettant de conclure des marchés publics de conception-réalisation-fonctionnement (extension du dispositif de la loi du 22 juin 1987 qui ne concernait à l'époque que les seuls établissements pénitentiaires),

- autorisation temporaire d'occupation du domaine public assortie de droits réels et d'un bail de location avec option d'achat,

- autorisation donnée aux collectivités locales de réaliser des équipements destinés à être mis à disposition de l'Etat (avec possibilité de recourir au crédit-bail et de bénéficier du FCTVA).

2. Quelques exemples d'opérations de valorisation

- *Un exemple de valorisation à finalité financière*: la prison Saint-Anne à Avignon et la prison Saint-Michel à Toulon.

  Situées au cœur de la ville, ces prisons occupent des lieux stratégiques à la fois du point de vue historique et du point de vue de l'aménagement urbain. Il s'agit permettant la réalisation d'opérations répondant à des préoccupations d'intérêt général sans que le Ministère de la Justice ne renonce à ces intérêts financiers.

  En Avignon, l'AMOTMJ étudie actuellement le devenir d'une prison devenue vétuste et inadaptée. Elle s'est engagée dans cette démarche en prenant appui, d'une part, sur un comité de pilotage de l'étude présidé par le préfet et réunissant tous les acteurs concernés (locaux et nationaux), et, d'autre part, sur une équipe pluridisciplinaire de prestataires privés (historiens, architecte-urbaniste, économiste, bureau d'étude technique) chargée d'évaluer la faisabilité d'aménagements conciliant les divers intérêts en présence.

- *Baux locatifs assortis de travaux d'aménagements réalisés par le propriétaire*, pour lesquels la principale difficulté réside dans la détermination d'un montant de loyer permettant l'amortissement des travaux tout en restant d'un niveau acceptable : CPH de Paris, siège de l'administration pénitentiaire,…

- *Autorisations d'occupation temporaire du domaine public assorties de droits réels*: l'exemple avorté de la cuisine centrale de Fleury-Mérogis.

L'AOT devait être accordée, après mise en concurrence, en vue de la réalisation de bâtiments destinés à accueillir une cuisine centrale, l'Etat garantissant une redevance permettant de rémunérer le constructeur laquelle devait être payée par l'exploitant chargé de l'aménagement des locaux et de la confection des repas. Ce dernier devait être sélectionné par un appel d'offres dont l'objet portait sur la qualité et le prix de repas.

Le ministère a renoncé à cette opération en cours de procédure devant les difficultés que ce type de montage pouvait susciter, la Commission des marchés consultée sur le marché de production des repas ayant souligné le risque de requalification en METP.

II QUESTIONS

§ Madame Jacqueline CAPPE souhaite connaître le bilan que tire le Ministère de la Justice de l'application des dispositions de la loi du 22 juin 1987 permettant de recourir à des marchés de conception-réalisation-maintenance pour les établissements pénitentiaires.

Ø Monsieur Michel ZULBERTY rappelle que de nombreuses critiques - notamment des juridictions financières - ont été émises envers le dispositif de la loi de 1987. Divers procédés ont toutefois permis au ministère de la Justice d'en évaluer les effets, et finalement d'en tirer une certaine satisfaction.

En 1987, le territoire national a tout d'abord été divisé en quatre zones au sein desquelles ont été réalisés 7 établissements pénitentiaires dont un a été laissé en gestion directe afin de permettre une comparaison avec la gestion des établissements par les titulaires privés de marchés de fonctionnement.

Par ailleurs, les marchés de fonctionnement qui ont été conclus comportaient des indicateurs de gestion aux fins de réguler la rémunération du prestataire.

Enfin, les élèves de la promotion René Char de l'ENA ont procédé à un travail d'audit duquel il est ressorti que le coût de la gestion privée s'avérait supérieur de 6 à 8 % à celui de la gestion publique. Mais leur rapport soulignait dans le même temps le niveau supérieur des prestations fournies par le secteur privé, et notamment le fait que les prestataires privés provisionnaient des grosses réparations à hauteur de 30 à 35 % du prix de journée, alors qu'aucune dépense de maintenance n'avait été effectuée dans les établissements en gestion publique. Il en est finalement résulté un bien meilleur entretien des établissements en gestion privée.

§ Monsieur Pierre VAN DE VYVER souhaite savoir si les titulaires des marchés de conception-réalisation et ceux des marchés de fonctionnement conclus à partir de 1987 pour la construction et l'exploitation d'établissements pénitentiaires pouvaient être unis par des liens sociaux.

Ø Monsieur Michel ZULBERTY souligne que, plus qu'une possibilité, il est recommandé que le constructeur soit ensuite celui qui exploite: il en tire une motivation supplémentaire pour mieux construire. L'unicité des responsabilités à travers la constitution de groupements est apparue nécessaire.

§ Monsieur le professeur GAUDEMET s'interroge quant au fait de savoir si l'autorisation offerte par la loi du 10 septembre 2002 de consentir des AOT assorties de contrat de location avec option d'achat dans les domaines de la justice, de la police et de la gendarmerie ne signifie pas, *a contrario* et implicitement, que, hors de ces domaines, le recours à cette technique est prohibé. Par ailleurs, le fait de soumettre l'attribution de ces AOT à une procédure de mise en concurrence n'ouvre-t-il pas la voie à une généralisation de la mise en concurrence en matière d'occupations domaniales ?

Ø Monsieur Michel ZULBERTY indique que les lois précitées n'intéressent en effet que les départements ministériels Justice, Intérieur et Défense. Il précise que ces lois renvoient à un décret spécifique pour

traiter le problème de la mise en concurrence et les modalités d'amortissement des investissements au travers des loyers.

Il faut, de son point de vue, interpréter ces nouvelles lois comme étant l'adaptation des dispositions de la loi de 1994 aux spécificités des trois départements ministériels concernés.

§ Maître Laurent DERUY souhaite savoir si le ministère de la Justice dispose d'outils d'analyse prévisionnelle des coûts de ses opérations de valorisation de biens, et plus largement si des réflexions sur l'intérêt respectif d'une gestion publique ou privée sont menées au sein du ministère.

Ø Monsieur Michel ZULBERTY indique que le recours au secteur privé dans le cadre de marchés de fonctionnement ne procède pas vraiment d'une réflexion comparative de la part du ministère de la Justice mais très souvent de l'absence de compétences adéquates au sein de l'administration. Il faut en effet souligner que la maintenance des palais de Justice ou des prisons nécessite en réalité des prestations très spécialisées de multi-entretien, qui n'entrent pas dans le cursus de formation des personnels du ministère de la Justice.

§ Maître Laurent DERUY souhaite savoir si le ministère de la Justice accepte parfois de consentir l'autorisation de mener de manière annexe des occupations privatives et valorisantes dans les locaux qui ne sont pas occupés.

Ø Monsieur Michel ZULBERTY indique que l'administration de la Justice est relativement frileuse dans ce domaine et n'a pas l'habitude de louer à des occupants privés. Il souligne que concernant les palais de Justice, la décision relèverait des chefs de juridictions et des chefs de cours, et que s'agissant des établissements pénitentiaires, l'on conçoit aisément que des valorisations annexes ne puissent être raisonnablement envisagées.

Audition de Guy BERNFELD,
Directeur du patrimoine et de la logistique, Assistance Publique – Hôpitaux de Paris
(2 octobre 2002)

I Exposé

Après s'être livré à une présentation générale du patrimoine de l'AP-HP et de sa valorisation **(1)**, et décrit aux membres du groupe de travail quelques exemples d'opérations de valorisation **(2)**, M. BERNFELD est revenu sur les principales difficultés rencontrées **(3)**.

1. Présentation générale

Avec 3,5 millions de m² de locaux répartis sur une cinquantaine de sites, l'AP-HP possède le premier patrimoine hospitalier de France.

Ce patrimoine se compose, d'une part, de dépendances du domaine public, affectées au service public hospitalier, et d'autre part, d'un domaine non affecté, souvent acquis par dons et legs et faisant l'objet d'un budget annexe.

L'architecture hospitalière est très fortement liée au progrès médical, les grandes ruptures dans l'organisation hospitalière ayant toujours entraîné des modifications substantielles du patrimoine hospitalier. Depuis un siècle, l'évolution de ce patrimoine va dans le sens d'emprises de plus en plus compactes. Ainsi aux hôpitaux pavillonnaires s'étendant sur plusieurs hectares et réservant le traitement d'une pathologie à chaque bâtiment afin d'éviter les contagions (*Boucicaut, Cochin, Lariboisière,…*), ont succédé dans les années 1920-1930 des hôpitaux monoblocs organisés autour de plateaux techniques (*Beaujon*), et aujourd'hui les rues hospitalières autour desquelles s'articulent les bâtiments (*Robert Debré, Georges Pompidou,…*).

La valorisation des biens de l'AP-HP ne répond pas d'une logique financière, mais de la volonté d'accompagner le progrès médical en offrant des outils adaptés, notamment en termes de soin et de sécurité. Il s'agit de pallier un taux de vétusté du patrimoine immobilier d'environ 50 à 60 %, vétusté née, selon les cas, de carences dans la gestion et l'entretien ou d'une obsolescence fonctionnelle des bâtiments et équipements.

Chaque hôpital est désormais doté d'un schéma directeur spatial, document servant à projeter à dix ans le progrès médical et, en fonction, à déterminer quelle doit être l'évolution des bâtiments (rénovation, démolition/reconstruction,…).

2. Quelques exemples d'opérations de valorisation

- *Les restructurations liées à la construction de l'hôpital Georges Pompidou*

La construction de l'hôpital *Georges Pompidou* a entraîné les plus grandes restructurations qu'ait connu l'AP-HP : 5 sites fermés, 11 hectares libérés, 50 services représentant 5000 personnes déplacés.

Les autorités de tutelle avaient en effet subordonné la réalisation de ce nouvel hôpital à la capacité de l'AP-HP d'auto-financer une partie de l'immobilier, ainsi qu'une partie des équipements, à hauteur d'un montant total de 2 milliards de francs. Afin de dégager les ressources nécessaires à cet auto-financement, divers terrains ont été vendus pour un montant de 300 millions de francs, tout le reste de la somme provenant de la

cession de l'hôpital *Boucicaut.* Cette cession s'est opérée de gré à gré suite à une estimation financière du service des domaines, les choix urbanistiques de la municipalité ayant conduit à des pertes de valeur.

Confié à une SEM d'aménagement (SEMEA 15), le site de l'hôpital *Boucicaut* va être transformé en vue d'accueillir une opération mixte comprenant notamment des équipements publics (crèche, résidence pour handicapés, espaces verts,…), des bureaux et quelques logements. Dans un premier temps, une vaste emprise devrait en outre être temporairement attribuée à l'Université Paris VI dans le cadre du désamiantage de Jussieu.

- *La cession de l'hôpital Laennec*

La cession de l'hôpital *Laennec* a été précédée de la consultation d'auditeurs en vue de mener une expertise et de déterminer à la fois les potentialités et les méthodes de commercialisation du site.

Cette étude a débouché sur le lancement d'un appel d'offre international à l'issue duquel a été retenu comme cessionnaire un opérateur : la COGEDIM.

L'annulation pour vice de forme d'un plan de sauvegarde et de mise en valeur du site a rendu nécessaire une nouvelle consultation ayant conduit à la cession du site à la COGEDIM. Cette cession s'est opérée sans condition suspensive, pour une valeur définie avant révision des documents d'urbanisme.

- *La cession par lots de l'hôpital Broussais*

La cession par lots de l'hôpital *Broussais* (à la Croix-Rouge, à l'Inserm) fait implicitement jouer à l'AP-HP un rôle d'aménageur.

3. Principales difficultés rencontrées

ü ***Les obstacles au développement d'une mixité des emprises hospitalières***

D'un point de vue juridique, la cession d'emprises du domaine public s'opère assez simplement après désaffectation et déclassement autorisé par le conseil d'administration de l'AP-HP.

Des problèmes naissent lorsque l'AP-HP souhaite instaurer une certaine mixité dans l'occupation de ses emprises en accueillant d'autres activités que le service public hospitalier.

Or, de multiples facteurs vont aujourd'hui dans le sens d'une telle mixité : nouvelle conception de l'hôpital censé n'être désormais plus seulement un lieu de soins mais également un lieu d'accueil de personnes en situation de précarité ou de grande pauvreté (cf loi SRU de décembre 2000), développement des biotechnologies impliquant l'accueil d'entreprises privées à proximité des centres de recherches universitaires et des hôpitaux, partage du coût de certains grands équipements (radiothérapie) avec des cliniques privées, évolution vers un travail en réseau…

Ces nouveaux besoins se traduisent le plus souvent par un accueil sur le domaine public hospitalier au travers de baux emphytéotiques administratifs, lesquels ne constituent pas un outil pleinement satisfaisant. A cet égard, le régime de la domanialité publique restreint les velléités d'évolution.

ü ***Les problèmes liés à la constitution de réserves foncières***

L'AP-HP veille à constituer des réserves foncières. Les biens immobiliers acquis dans ce but sont souvent laissés sans affectation pendant plusieurs années.

Afin de ne pas « stériliser » des espaces situés fréquemment en ville, il conviendrait de trouver un moyen d'affecter temporairement ces terrains à des activités privées connexes au monde hospitalier.

Le principal problème à résoudre réside dans la nécessité de sécuriser les investisseurs. Les autorités de tutelle sont en effet réticentes à autoriser les montages d'ingénierie financière (« lease » notamment) indispensables pour accompagner de telles occupations privatives.

Le ministère de la Santé devrait annoncer courant novembre 2002 de nouvelles mesures concernant les investissements dans le domaine hospitalier, en particulier en vue d'une remise à niveau des équipements. L'intervention du secteur privé devrait y être facilitée.

En conclusion, le principal souhait à formuler consiste en une simplification des textes et une meilleure pérennité des règles applicables, le cycle long de l'immobilier s'accordant souvent mal avec la relative instabilité de la jurisprudence en matière de domanialité publique.

II QUESTIONS

§ Maître Laurent DERUY souhaite connaître les modalités de valorisation des infrastructures mobilières, et notamment des équipements lourds.

Ø Monsieur Guy BERNFELD indique qu'en matière mobilière, la problématique est avant tout financière. Les règles de comptabilité publique applicables au secteur hospitalier imposent une séparation entre le budget d'investissement et le budget d'exploitation. Or, le recours à certaines techniques d'ingénierie financière ("lease" notamment) vient alourdir les charges d'exploitation alors même que les centres hospitaliers sont déficitaires et n'est par conséquent pas vraiment envisageable.

§ Monsieur le Professeur GAUDEMET souhaite savoir si l'appartenance au domaine public nuit aux perspectives de valorisation des biens de l'AP-HP, et si l'instauration d'une aliénabilité de principe, mais réglementée, ne constituerait pas un meilleur outil au service des opérations de valorisation.

Ø Monsieur Guy BERNFELD reconnaît que la technique du BEA n'est pas toujours satisfaisante et conduit à des montages parfois peut-être à la limite de la légalité. Cependant, la domanialité publique n'est pas véritablement ressentie par l'AP-HP comme une contrainte, mais plutôt comme un élément de sécurité, de protection des biens affectés au service public. L'externalisation du patrimoine n'est pas recherchée en tant que telle. Les seules difficultés concernent l'accueil d'activités annexes.

Par contre, une meilleure cohérence entre les documents d'urbanisme et la domanialité publique est à rechercher. Dans le cadre de l'élaboration du nouveau plan local d'urbanisme, des négociations sont actuellement en cours avec la ville de Paris afin de faire bénéficier les emprises de l'AP-HP du régime "services urbains" et de leur assurer une certaine souplesse d'affectation.

§ Monsieur le Professeur GAUDEMET s'interroge sur le point de savoir si les fruits d'opérations de valorisation concernant un hôpital précis ne devraient pas revenir à cet hôpital plutôt que d'intégrer le budget général de l'AP-HP.

Ø Monsieur Guy BERNFELD considère que ce serait là une négation de l'unité de l'AP-HP. De plus, en l'absence d'une connaissance exhaustive de son patrimoine et tout système de gestion informatisée, il serait difficile de prévoir des comptes de charges par bâtiment et par site.

§ Maître Laurent DERUY pose la question de la marge de manœuvre de l'AP-HP vis à vis de ses autorités de tutelle.

Ø Monsieur Guy BERNFELD explique que la tutelle de cinq autorités s'exerce sur l'AP-HP, au travers d'un "conseil de tutelle" réunissant: la Direction du budget, la Direction générale des collectivités territoriales, la Direction de l'organisation et de l'hospitalisation du ministère de la Santé, l'Agence régionale d'hospitalisation, et la Mairie de Paris. Le conseil d'administration de l'AP-HP ne dispose que d'un faible pouvoir (vote du budget décidé par le conseil de tutelle).

La tutelle communale, à travers en particulier la présidence du conseil d'administration confiée au Maire de Paris, peut toutefois constituer un obstacle à la réalisation de certaines opérations. L'hôpital étant souvent un des premiers employeurs de la commune, le maire pourra être réticent envers certaines opérations de restructuration.

§ Monsieur Guy BERNFELD observe que le modèle de l'Espagne serait certainement à suivre. Dans le cadre des politiques décentralisées, les bâtiments hospitaliers devenus vétustes sont fréquemment transformés en d'autres équipements publics (musées, universités,…) tandis que sont construits de nouveaux bâtiments hospitaliers intégrant les évolutions technologiques.

Monsieur Guy BERNFELD préconise enfin la création d'une autorité de régulation du patrimoine immobilier de l'Etat chargée notamment de la reconversion des bâtiments publics en d'autres équipements publics afin de pourvoir les besoins des différentes administrations plutôt que d'opérer des cessions au secteur privé

Audition de Andrée MARCHESSOU,
Directeur juridique, Communauté Urbaine de Strasbourg
(2 octobre 2002)

La Ville de Strasbourg (240.000 ha) et la Communauté Urbaine (450.000 ha) possèdent une diversité de biens patrimoniaux résultant de la multiplicité des fonctions assumées et de la diversité des relations juridiques nouées avec des partenaires publics et privés.

Parmi ces biens, on citera les terrains, les monuments classés, la voirie, les réseaux, les matériels, les œuvres d'art etc.… Ce patrimoine génère des recettes mais également des charges qui sont comptabilisées dans la section de fonctionnement.

L'instruction budgétaire et comptable M14 applicable à compter du 1er janvier 1997 a permis d'améliorer la patrimonialité des comptes de la collectivité à travers les concepts de provisionnement et d'amortissement des immobilisations. L'amortissement est obligatoire pour les communes de plus de 3500 habitants pour les immobilisations renouvelables acquises depuis 1996 (mobilier, matériel, véhicules, outillage) et les biens immeubles productifs de revenus. La base de calcul est celle du coût historique c'est-à-dire la valeur du bien au moment de son entrée dans le patrimoine. En clair l'instruction M14 a amené la collectivité à avoir une meilleure connaissance de la composition de son actif tant du point de vue physique (inventaire) que comptable (à travers la détermination de la Valeur Nette Comptable).

La Ville de Strasbourg s'est constituée un important patrimoine immobilier au fil du temps. Des raisons historiques expliquent cette propriété foncière. En effet la municipalité a acquis de nombreux terrains et édifices au titre des réserves foncières en vue de l'urbanisation. En outre, après la guerre de 1870 elle a eu souvent recours à l'emphytéose pour permettre la reconstruction de certains quartiers. A partir des années 1980 on a assisté à des retours d'emphytéose. Aujourd'hui ce patrimoine immobilier Ville, Communauté Urbaine peut être évalué environ à 400 immeubles (311 immeubles donnés à gérer). Il est géré pour partie en régie et pour partie par une Société d'Economie Mixte (SEM).

Le patrimoine comprend non seulement celui dont la collectivité est juridiquement propriétaire mais aussi les biens utilisés dans le cadre des locations de longue durée et le patrimoine latent c'est à dire les biens de retour en fin de concession ou de reprise. La gestion de ce patrimoine ne peut se faire sans une connaissance approfondie des biens en raison de l'incidence sur le budget de fonctionnement. Il a donc fallu mettre en place des outils permettant la gestion de ce patrimoine et tout d'abord d'affiner sa connaissance.

1. L'existence et les modalités d'une politique de valorisation

La connaissance du patrimoine immobilier est restée longtemps imprécise. Aujourd'hui grâce à des logiciels informatiques, les immeubles et les terrains sont répertoriés, ceci sur une fiche qui précise pour chacun d'eux notamment sa situation, la nature et le montant des travaux d'investissement à réaliser, la valeur vénale de l'immeuble, son taux de rentabilité. Ces indications permettent à la collectivité de dresser la liste des immeubles dont elle devrait se défaire à court ou moyen terme.

- ü ***La politique de valorisation mise en œuvre***

La gestion du patrimoine immobilier se fait pour l'essentiel par l'intermédiaire d'un prestataire extérieur, en l'occurrence une société d'économie mixte qui a été choisie après appel d'offres. Cette SEM bénéficie également d'une délégation de maîtrise d'ouvrage des travaux de réparation sur le fondement de la loi MOP.

Un autre mode gestion fréquemment employé est le bail emphytéotique. La collectivité y voit un moyen de se constituer un patrimoine bâti. Cette technique est notamment utilisée pour la réalisation d'équipements d'intérêt général. La difficulté vient de ce que le preneur a quelquefois la tentation d'éviter les

investissements en fin de bail. De ce fait, des clauses d'indemnisation sont quelque fois insérées dans le contrat.

ü ***Un exemple de valorisation : la construction des immeubles du Parlement Européen***

Cette opération repose sur un montage constitué de plusieurs contrats :

- Une convention de concession d'ouvrage public (31/08/1993), conclue entre la Ville de Strasbourg et la Société d'économie mixte de la Région Strasbourgeoise (SERS), et présentant les principales caractéristiques suivantes :
  - 20 années
  - bail ou emphytéose autorisés
  - charges d'investissement couvertes par le produit du B.E. ou du bail
  - durée des travaux : 36 mois (augmentée le cas échéant en fonction des aléas prévus)

- Un bail emphytéotique (31/03/1994), conclu entre la SERS et le Parlement Européen, et présentant les principales caractéristiques suivantes :
  - 20 années
  - durée des travaux : 36 mois
  - redevance fonction du coût d'investissement sur 20 années
  - gain foncier pour le Parlement si option d'achat avant 10 ans

- Un contrat cadre conclu entre la Ville de Strasbourg, la SERS et le Parlement Européen, lequel définit les conditions du bail emphytéotique, de l'option d'achat au profit du Parlement ainsi que les relations des parties pendant la construction. Il précise également les engagements de la Ville de Strasbourg en cas de défaillance du concessionnaire, ainsi que le dossier programme et le budget de l'opération.

- Un contrat de vente des terrains conclu entre la SERS et la Ville de Strasbourg

Un certain nombre de difficultés sont apparues pendant le chantier et après le chantier :

- problème du coût estimatif du chantier constituant un plafond pour le concessionnaire

- divergences d'interprétation quant à la fixation de la date contractuelle d'achèvement de l'immeuble ont nécessité l'intervention d'un collège de conciliateurs par avenant au contrat-cadre. Postérieurement, la CJCE a été saisie par le Parlement sur les dispositions du contrat-cadre relatives aux retards dans la construction susceptibles d'entraîner le report de la date d'achèvement de l'immeuble et aux pénalités dues par la société en cas d'achèvement tardif.

- problème de l'affectation du coût des transactions conclues avec certaines entreprises (sous frais juridiques ou travaux sachant que le premier n'est pas plafonné).

- insuffisance de l'évaluation initiale des dommages immatériels non consécutifs et de l'enveloppe pour aléas de chantier.

- importance des contentieux opposant le concessionnaires aux entreprises, ce qui a notamment pour effet de retarder l'établissement du décompte définitif des entreprises.

ü ***Quelques autres exemples de valorisation***

Ø *le bail emphytéotique administratif : une technique assez peu utilisée.*

Il l'a été pour permettre d'exploitation d'un bar cafétéria pendant une durée de 50 ans dans un bâtiment accueillant des expositions, spectacles de théâtre et de danse. Le tribunal administratif de Strasbourg saisi de la légalité de l'opération, a estimé que l'aménagement d'un bar cafétéria se rattache à l'opération d'intérêt général que constitue la réalisation d'un équipement culturel polyvalent (T.A. Strasbourg 6 mai 2000 – Riegert / Ville de Strasbourg – B.J.C.P. n° 14 p. 82).

A notre sens les investisseurs ne sont pas séduits par cette forme d'occupation privative parce que la loi du 5 janvier 1988 n'a pas éliminé le caractère précaire et révocable de l'autorisation d'occuper le domaine public et parce qu'elle confère à l'administration des pouvoirs très étendus.

En effet, le preneur peut être évincé pour un motif d'intérêt général, la cession du bail n'est pas libre (alors qu'en droit privé une telle limitation est impossible), la constitution de l'hypothèque est subordonnée à l'approbation de la collectivité territoriale et les emprunts ainsi garantis doivent financer exclusivement la réalisation d'ouvrages situés sur le bien loué.

L'exercice des droits réels étant ainsi très surveillé par l'administration, les investisseurs ne prennent pas le risque d'effectuer des investissements lourds sur le domaine public.

Ø *un usage modéré de la VEFA*

Cet usage modéré de la VEFA s'explique en raison des limites posées par l'arrêt du Conseil d'Etat. *Région Midi-Pyrénées* du 8 février 1991.

Cette formule va cependant être utilisée pour la remise à l'administration de locaux dans une galerie commerciale.

Ø *les occupations temporaires*

Aucune procédure formelle de mise en concurrence n'est organisée lors de la délivrance des permis de stationnement.

A notre sens il n'est pas souhaitable de rendre la mise en concurrence obligatoire notamment parce que l'administration aura grande peine à s'opposer à l'évolution de cette occupation. Comment pourrait-elle s'opposer à la cession de cette occupation par son titulaire dès lors qu'une procédure de mise en concurrence a été menée en amont ?

Une autre difficulté vient de la conception extensive du Conseil d'Etat de l'activité d'intérêt général érigée en service public. En effet, craignant que les contrats d'occupation du domaine public ne soient déqualifiés en délégation de service public, la tentation de faire disparaître de ces contrats des obligations d'intérêt général, est grande. C'est sans doute regrettable car il est souhaitable qu'existe un minimum de clauses organisant le contrôle de l'exploitation et de la gestion par la collectivité publique.

La frontière entre concessions domaniales et véritables délégations est ténue et si la jurisprudence du Conseil d'Etat devait se confirmer (C.E. 11 décembre 2000, *Mme AGOFROY* req. 202971), le recours à cette technique de valorisation du domaine public risque de perdre de son intérêt.

Ø *la valorisation des infrastructures*

.

Eu égard aux obligations légales pesant sur les concessionnaires de réseaux et les communes gestionnaires du domaine public et résultant notamment du code de la voirie et du décret 91-114 du 14 octobre 1991 la CUS, Electricité de Strasbourg, Gaz de Strasbourg et France Télécom ont réalisé un ouvrage original : le Fond de plan VRD, caractérisé par un contenu polyvalent (bâti, voirie, mobilier urbain, aménagement divers…) en vue de faciliter la fiabilité des échanges de données.

Le but est d'assurer la connaissance de l'occupation du sous-sol sur le territoire de la Communauté Urbaine, de faciliter les études et d'assurer la protection des réseaux.

Le public peut bénéficier de l'accès aux données par l'intermédiaire de la CUS à laquelle l'exploitation du Fond est confiée. Il revient à cette dernière de mettre à jour le plan, l'enrichir au moyen des informations transmises par les autres membres. Elle adresse aux autres membres une copie numérisée actualisée du Fond de plan au moins une fois par ans et s'engage à mettre en place un système de consultation par Internet ou Extranet, permettant à ses partenaires de vérifier les écarts entre leur base et la dernière version en cours à la CUS.

La CUS a droit de reproduire par tout moyen et support, de diffuser à titre onéreux auprès de tout public, le Fond de plan. Chaque membre a, en contrepartie de sa participation et contribution financière, un droit d'usage sur le Fond. Il comprend un droit de reproduction et de représentation, un droit d'adaptation et un droit de diffusion limité géographiquement et quantitativement.

2. Souhaits et propositions

Des besoins restent encore à satisfaire, et en particulier **:**

- Développer une approche économique des biens (recours plus systématique aux expertises privées pour l'appréciation de la valeur des biens, meilleure prise en compte des liens entre la valorisation des biens et les opérations d'aménagement).
- Etablir des tableaux prévisionnels de performance comparant les coûts et avantages propres à chaque mode de gestion pourrait être proposés.
- Mettre en place des indicateurs d'évaluation de la qualité du service rendu (en régie, concédé) pourrait être envisagée. Ces indicateurs permettraient de comparer les performances des modes de gestion. La mise en place de ces outils permettrait d'apprécier en toute transparence les modalités d'exécution du service et d'assurer le contrôle du délégant imposé par la loi Sapin (art. L1411-3 du CGCT).

Les instruments de valorisation existent mais souffrent de l'imprécision de certaines notions ou de leur caractère inadapté :

- domaine public / domaine privé : le critère de l'affectation au service public a exagérément étendu la domanialité publique. Or, le régime protecteur du domaine public ne se justifie pas toujours et semble constituer aujourd'hui un frein à l'investissement.
- Problème du domaine public virtuel : si une dépendance du domaine privé doit être soumise aux principes de la domanialité publique dès que son incorporation au domaine public est certaine, un nombre important d'opérations ne peuvent se réaliser.
- L'appréciation de la notion du risque d'exploitation amenant le juge à procéder à la qualification de DSP recèle encore des incertitudes.
- La lourdeur de la procédure DSP, renforcée par la loi du 27 février 2002 sur les compétences de la nouvelle commission consultative des services publics locaux, est à déplorer. Par ailleurs, les collectivités ne peuvent fixer au préalable le nombre de candidats susceptibles de présenter une offre (C.E. 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest et marnais – BJCP n° 7 p. 607). Si tous les candidats remplissant les conditions légales doivent être admis à concourir, les négociations aboutissant à la désignation du délégataire en sont alourdies. On pourrait

imaginer (par une réforme législative) que la collectivité publique restreigne le nombre des candidats admis à présenter une offre.

- La difficile conciliation entre le régime des baux commerciaux et les principes régissant la domanialité publique. On peut s'interroger sur le point de savoir s'il ne faudrait pas assouplir les règles de la domanialité publique (art L 84 C. dom. Etat – l'art. L 145-2 du C. com.) et reconnaître la possibilité d'établir un bail commercial adapté à l'affectation du domaine public. En effet, le Conseil d'Etat juge que les contrats comportant occupation du domaine public échappent à la compétence des tribunaux judiciaires et aux règles de fond propres au droit privé. La Cour de Cassation statue dans le même sens (Cass. Cil. 3° 20 décembre 2000 Sté Quimper Plaisance). Cependant, dans la mesure où le domaine public est de plus en plus le siège d'activités concurrentielles, et si l'exercice de prérogatives de puissance publique n'est pas véritablement en cause, une plus grande stabilité de la situation juridique du preneur pourrait être envisagée.

Audition de Christophe SCHNEIDER,
Responsable du patrimoine, Port autonome de Marseille
(20 novembre 2002)

L'audition de Christophe SCHNEIDER a donné lieu à la présentation de deux exemples tout à fait originaux de valorisation de biens publics :

- La concession des plages de Saint Gervais et du Cavaou
- La réhabilitation et la transformation du silo à céréales d'Arenc

1. L'attribution de la concession des plages de Saint-Gervais et du Cavaou

Dans le cadre de la gestion de son patrimoine, le Port Autonome de Marseille a décidé de maintenir, s'agissant des plages naturelles de Saint Gervais et du Cavaou qui sont localisées sur le Domaine Public Maritime à l'intérieur de sa circonscription et sur le territoire de la commune de Fos-sur-Mer, sa politique d'attribution des concessions de plage et en a informé la Préfecture en juin 1999.

La concession suppose qu'une véritable mission générale d'équipement, d'entretien et d'animation touristique soit confiée au futur concessionnaire. A ce titre, elle est conforme à l'intérêt général.

Cette décision a conduit tout naturellement le Port Autonome de Marseille à prendre deux initiatives pour se mettre en conformité avec la législation en vigueur :
1 – demander à la Préfecture de lancer la procédure d'enquête publique conformément à la loi du 3 janvier 1986,
2 - préparer la mise en place de la procédure de délégation de service public qui comporte la publicité permettant la mise en concurrence conformément à la loi du 29 janvier 1993 dite loi Sapin.

Les problèmes rencontrés

- la compatibilité de l'application de la loi Sapin s'agissant des concessions de plage avec le droit de préférence traditionnellement accordé aux communes.
- la durée des procédures :
  - l'ouverture de l'enquête publique a eu lieu le 6 juillet 2000. L'enquête proprement dite s'est déroulée du 7 août au 15 septembre 2000. Le rapport et les conclusions favorables du commissaire enquêteur ont été transmis au Port Autonome de Marseille le 28 septembre 2000.
  - L'appel public à la concurrence a été lancé le 23 novembre 2000 et la négociation s'est conclue le 10 mai 2001.

L'appréciation portée

Malgré la lourdeur de la procédure de la loi Sapin, elle a permis au Port Autonome de Marseille d'obtenir de la part du candidat sélectionné une amélioration sensible de sa proposition en terme d'équipements, afin notamment de rendre le site plus attractif et s'agissant de la redevance, la redevance annuelle étant en effet passée de 200 francs à 609.80 euros.

La concession a été accordée pour 5 ans.

Le concessionnaire a choisi de maintenir son objectif d'ouvrir la plage au plus grand nombre et ce gratuitement. Il convient donc de tenir compte du contexte local dans ce genre d'opération et on ne peut obtenir la même valorisation pour une plage localisée dans les Bouches-du-Rhône à proximité immédiate d'une zone industrielle et une plage dans le Var ou les Alpes Maritimes.

Aujourd'hui la législation a évolué. Elle donne en effet la priorité aux communes pour l'obtention des concessions des plages localisées sur le territoire communal.
Seul un refus de leur part autorise le lancement de la procédure dite « loi Sapin ».

2. La réhabilitation et la transformation du silo à céréales d'Arenc

Le silo à grains d'ARENC était promis en 1995 à une démolition certaine lors de la restructuration du quai du Maroc qui était situé dans la partie sud du port de Marseille.

Le port autonome de Marseille a considéré ensuite que, dans le cadre de l'exploitation des circuits voyageurs Corse et Maghreb mis en place, ce silo n'était plus gênant. Sa démolition n'était donc plus à l'ordre du jour.

Toutefois, le Port Autonome de Marseille a considéré que son maintien en vue d'une réhabilitation était conditionné par le respect des contraintes suivantes dont certaines sont citées ci-après :

- accès au silo indépendant des portes Chanterac et Arenc ;
- ouverture d'un espace grand public avec restauration sur le toit du silo ;
- maintien de l'enveloppe architecturale du bâtiment notamment du système alvéolaire ;
- mise en scène de la tour nord dont la perception depuis l'autoroute A55 en arrivant sur Marseille constitue un des monuments clefs de la découverte du complexe portuaire marseillais ;
- alimentation du site en fluide à partir des équipements du Port Autonome de Marseille situés sur le DPM.
- Maintien du statut domanial du sol dans le domaine public maritime en contrepartie de l'acquisition éventuelle de droits réels sur le bâtiment ;
- Phasage de travaux compatible avec l'exploitation voyageurs en période estivale.

Modalités d'intervention du Port Autonome de Marseille

Sur ces bases, le Port Autonome de Marseille a décidé de lancer un appel d'offres pour sa réhabilitation et sa transformation en espace d'accueil, d'activités économiques et culturelles. Un processus rigoureux d'appels publics à projets a été choisi. Les dossiers devaient impérativement comporter quatre volets (technique, programmation, financier et architectural).

La date limite de remise du dossier de consultation était fixée au 17 décembre 1999. Les candidats disposaient à compter de cette date d'un délai de 7 semaines pour remettre un dossier conforme au cahier des charges mis au point par le Port Autonome de Marseille.

Les critères de sélections des offres étaient les suivants dans l'ordre décroissant :

- intérêt culturel, patrimonial et de scénographie,
- intérêt économique pour la place de Marseille,
- intérêt économique direct et indirect pour le port de Marseille,
- comptabilité par rapport aux implications portuaires actuelles et futures tant en phase travaux qu'en phase définitive.

Six offres ont été remises dans les délais.

La société SOGIMA a été retenue et aux termes d'une convention d'occupation signée le 29 janvier 2001, le Port Autonome de Marseille a autorisé cette société à occuper l'ex-silo pour l'aménagement, après complète rénovation, en salles de spectacles, de restauration et en bureaux.
Cette convention est constitutive de droits réels sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier que SOGIMA réalisera.

Elle est consentie pour une durée de 49 ans à compter du 15 septembre 2001.

Enfin, le Port Autonome de Marseille a agréé le transfert par SOGIMA à la ville de Marseille des droits réels portant sur les travaux à effectuer dans une partie du volume de la construction.

Appréciation portée sur l'opération

A ce stade, on peut considérer que la procédure a permis d'aboutir malgré sa complexité, à un véritable projet ambitieux et novateur sur le plan architectural.

La réalisation technique devrait démarrer courant 2003.

Audition de Bruno WISSE et Jérôme CELLIER,
Direction juridique, ELIOR
(20 novembre 2002)

Elior exerce une grande partie de son activité de restauration sur le domaine public :

- une activité de restauration collective dans le domaine scolaire (Villes) et de la santé (Hôpitaux) sur la base de marchés publics, de délégations de service public et résiduellement de contrats d'occupation du domaine public, voire de BEA.

- une activité de restauration de concession sur autoroutes (Sociétés concessionnaires d'autoroutes), dans les aéroports (ADP,CCI), dans les gares (SNCF, A2C) et dans différents sites culturels, touristiques ou événementiels (Etat, Etablissements publics nationaux, Sociétés concessionnaires de sites – ex : Tour Eiffel, Parc d'exposition de la Porte de Versailles…).

Dans le cadre de ces activités et dans la limite du sujet relatif à la valorisation des biens publics, Elior expose quelques éléments de réflexion

1. La contrepartie financière à l'autorisation d'occuper le domaine public

La perception d'une redevance

La perception d'une redevance en contrepartie de l'autorisation d'occuper le domaine public se rencontre principalement dans les contrats d'affermage et dans les contrats d d'occupation du domaine public.

Dans les contrats d'affermage pratiqués par Elior en restauration scolaire, la redevance est le plus souvent fixe et est établie sur la base d'une valeur locative de l'ouvrage affermé (une cuisine centrale).

Dans les contrats d'occupation de restauration de concession, la redevance dite « commerciale » ou « variable » correspond à un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par le titulaire. Cette redevance est le plus souvent assortie d'un minimum fixe annuel.

L'analyse de la pratique de cette redevance variable permet de constater un double phénomène :

- Le dossier de « consultation » des entreprises ne mentionne ni le taux variable ni le minimum garanti. Il appartient aux candidats eux-mêmes de proposer leur redevance. Cette pratique peut conduire à privilégier l'examen des offres sous l'angle financier au détriment d'autres paramètres (qualité et/ou innovation de l'offre de concepts, qualité des prestations…)

- La hausse continuelle du montant des redevances variables et surtout du minimum garanti .L'économie des contrats d'occupation s'en trouve de plus en plus affectée ce qui pourrait conduire, eu égard aux montants significatifs d'investissements réalisés dans le cadre de ces contrats, à remettre en cause les contrats d'occupation du domaine public en leur qualité d'outils de valorisation du domaine public par le financement privé d'ouvrages publics.

Cette analyse conduit à émettre le voeu qu'une règle transparente de fixation des redevances soit émise ou recommandée selon des critères objectifs. Il conviendrait que cette règle s'impose aux personnes publiques elles-mêmes lorsqu'elles exercent une activité économique (ex : livraison de repas) à partir de leur domaine public, de telle sorte qu'elles intègrent dans leur prix de prestations l'ensemble des coûts supportés.

Les dépenses de fonctionnement

Au delà de la redevance, il est souvent imposé aux titulaires de contribuer à différentes dépenses de fonctionnement (charges des surfaces communes, dépenses de publicité…) engagées par la personne publique concédante sans que les titulaires ne disposent des moyens d'anticiper le montant correspondant, ni de contrôler lesdites dépenses.

2. *Les investissements sur le domaine public*

Le statut des biens investis par le titulaire

Alors que le Code du domaine de l'Etat pose le principe, depuis la loi du 29 juillet 1994, de l'attribution d'un droit réel au titulaire sur ses investissements, sauf prescription contraire de son titre, la pratique très majoritaire des personnes publiques relevant de ce code est de refuses toute constitution de droit réel.

Cette approche en deçà des textes fragilise le sort des biens investis.

En outre, trop souvent, les personnes publiques se réservent, en cas de fin normale du contrat, la possibilité de demander au titulaire la démolition de ses installations (absence de notion de biens de retour), tandis qu'en cas de résiliation anticipée, les contrats ne prévoient pas l'indemnisation des valeurs résiduelles des investissements, sauf parfois en cas de résiliation pour des motifs d'intérêt général.

De même, fréquemment, les contrats d'occupation du domaine public arrêtent un régime de responsabilités et d'assurances des biens investis par le titulaire non satisfaisant ; s'il apparaît normal et incontournable que le titulaire assure les biens réalisés, il n'apparaît pas adapté, ni aux réalités opérationnelles (absence de maîtrise par le titulaire des plans de prévention et des plans d'intervention du site), ni aux contraintes du marché assurances de prévoir une pleine responsabilité du titulaire sur l'ensemble des dommages causés aux biens de la personne publique ou des autres occupants du domaine. La présence systématique d'une clause réciproque de renonciation à recours doit donc être préconisée.

Ces pratiques, fortement teintées des principes classiques de la domanialité publique pourtant amendés à plusieurs reprises par le législateur, sont, là encore, de nature à obérer la pertinence de la convention d'occupation du domaine public comme outil du partenariat public / privé.

Le financement par crédit-bail des biens investis par le titulaire.

Le Code du domaine de l'Etat ne prévoit la faculté de recours au crédit-bail que dans des cas trop limités. En excluant le crédit-bail pour les biens affectés à un service public ou affectés à l'usage du public, le code ne permet pas le recours à un financement adapté pour des biens qui nécessitent de toute façon, y compris en cas d'absence de gestion par un opérateur privé, la mobilisation de moyens financiers significatifs.

Une généralisation du recours au crédit-bail sur le domaine de l'Etat est donc souhaitable, ce qui pourrait tout à fait s'inscrire à la suite de la loi du 29 août 2002 autorisant le financement des commissariats par crédit-bail.

Cette généralisation est d'autant plus envisageable que l'expérience résultant du financement des biens du concessionnaire d'une collectivité territoriale par voie de crédit-bail SOFERGIE démontre à l'évidence la compatibilité de ce mode de financement avec les exigences de service public.

Encore faut-il souligner les tentatives récurrentes de certains organismes de contrôle ou de tutelle de contester la possibilité du financement par crédit-bail sur le domaine public des collectivités territoriales, possibilité pourtant clairement prévue par la loi du 30 décembre 1986 pour l'ensemble des biens (de retour, de reprise, en propre) utilisés par le concessionnaire.

Dès lors, le rappel par le Ministère de l'Intérieur ou par le Ministère des Finances de cette possibilité de financement ou la codification des dispositions de la loi du 30 décembre 1986 serait opportun.

Audition de Antoine FAYET,
Président SCIC Développement
(22 janvier 2003)

I Exposé

1. Présentation de SCIC Développement

Filiale de la Caisse des Dépôts et Consignations intervenant uniquement dans la sphère concurrentielle, SCIC Développement est actuellement implantée dans une vingtaine de villes en France et regroupe environ 800 collaborateurs (financiers, juristes, architectes, techniciens,...).

Le champ d'activité de SCIC Développement couvre tout le spectre de l'immobilier, et notamment les opérations de valorisation de biens publics. Cette société intervient ainsi comme conseil tant de l'Etat que de collectivités locales, établissements publics ou encore d'associations, sur les plans urbanistiques, financiers, techniques…

Les opérations de valorisation menées par SCIC Développement consistent tout autant en des opérations de transformation ou de reconversion de sites qu'en des missions de gestion immobilière.

Le chiffre d'affaire annuel se répartit de manière égale entre les
L'activité de SCIC Développement est particulièrement significative dans le domaine de la santé (un site hospitalier sur trois sur les vingt dernières années) et de l'éducation.

2 Une expérience récente : l'hôtel de police de Strasbourg

La construction de l'hôtel de police de Strasbourg a tout d'abord donné lieu au lancement d'un appel à candidature visant à recueillir la meilleure réponse à apporter quant à la réalisation d'un programme précis sur un terrain susceptible de faire l'objet d'une autorisation d'occupation du domaine public, étant précisé que la durée d'occupation constituait une variable dans les possibilités de réponse.

A l'issue de cette consultation, un investisseur, constitué sous forme d'une société civile immobilière associant la Caisse d'épargne de Strasbourg (51%), CDC Ixis (30%) et SCIC Développement (19%) a été retenu pour exercer la maîtrise d'ouvrage et porter le bien pendant une durée de 25 ans.

Le risque de promotion immobilière a été transféré un opérateur tiers, tandis qu'une clause d'intéressement était intégrée dans le contrat passé avec l'entrepreneur.
La SCI s'est ainsi trouvée titulaire d'un contrat de maintenance d'une durée de 25 ans et comportant l'obligation d'effectuer travaux d'entretien et grosses réparations.

En cours de réalisation de l'opération, quelques modifications dans les travaux à effectuer ont conduit à la passation de trois avenants successifs, la diminution ou l'augmentation des coûts en résultant se traduisant par une majoration ou une minoration de la redevance d'occupation domaniale versée par la SCI.

Au total, cette opération a suscité la satisfaction de chacun des opérateurs, leur donnant à tous l'occasion d'exercer pleinement et uniquement leur métier. Au delà, il apparaît qu'une telle budgétisation sur plusieurs dizaines d'années permet indéniablement de réaliser des économies s'agissant des coûts d'entretien, et même de prévoir certaines dépenses d'entretien que l'Etat n'aurait pas prévu de réaliser.

3 Souhaits et propositions

A l'avenir, SCIC Développement souhaite pouvoir intervenir dans le cadre du vaste programme de construction de prisons annoncé par le ministère de la Justice, non pas dans le cadre de la

conception/construction/maintenance de ces bâtiments, pour laquelle les grandes entreprises de BTP demeurent les opérateurs les qualifiés, mais en tant qu'assistant à la maîtrise d'ouvrage auprès des administrations concernées.

Par ailleurs, SCIC Développement entend tout particulièrement s'investir dans le cadre du programme « Hôpital 2007 » récemment présenté par le ministre de la Santé. Les besoins en investissements dans ce domaine sont considérables (SANESCO, filiale de SCIC Développement, les évalue à environ 35 milliards d'euros).

SCIC Développement partage les orientations présentées par le ministre de la Santé et visant à faciliter ces investissements, à savoir :

- développer les opérations de conception-réalisation de bâtiments publics ;
- utiliser en particulier des sociétés d'économie mixte pour porter ces projets, ce qui nécessite notamment de doter ces dernières de compétences en matière sanitaire et d'autoriser les établissements publics hospitaliers à entrer dans le capital de SEM ;
- favoriser le recours à des équipements appartenant à des structures privées, ce qui reste encore aujourd'hui extrêmement difficile en raison de ce qu'en l'état du droit, tout bien, dès lors qu'il sert à la pratique d'un acte médical, devient soumis au régime de la domanialité publique

II QUESTIONS

q Yves Gaudemet interroge Antoine Fayet sur le point de savoir si ce dernier estime qu'il est souhaitable que continuent à coexister de multiples solutions alternatives (marchés publics, délégations de service public, baux emphytéotiques administratifs,…) ou si une solution unique serait préférable.

Ø Antoine Fayet indique qu'il lui semble préférable de laisser place à la plus grande liberté dans le choix des solutions, et ainsi de maintenir une grande diversité de possibilités et même d'en expérimenter de nouvelles, tout ceci en dépit de l'insécurité juridique pouvant parfois en résulter.

q Laurent Deruy souhaite connaître la nature des garanties prises par les prêteurs dans des opérations comme celle de l'hôtel de police de Strasbourg.

Ø Antoine Fayet indique que les prêteurs avaient reçu délégation sur la perception des loyers, tandis que Jacqueline Cappe fait remarquer que les investisseurs se trouvant par ailleurs être les prêteurs, les problèmes liés aux garanties se trouvaient limités.

q Jacqueline Cappe formule deux commentaires : le premier pour souligner la difficulté de ces opérations tenant au souci de déconsolidation des grands groupes de BTP et à la nécessité de trouver des porteurs pour les projets ; le second pour faire part de la difficulté qu'il y a à la fois à évaluer les frais de maintenance sur de longues durées et à s'assurer du maintien de la qualité des prestations sur de telles périodes, éléments qui constituent très souvent un point de blocage très fort dans les négociations entre les partenaires de ces opérations.

- Laurent Deruy pose la question de l'existence à la disposition de l'Etat d'instruments méthodologiques complets et de nature à permettre d'apprécier et de comparer le coût de l'externalisation avec celui d'une gestion directe des bâtiments publics.

Ø Rémi Van Lede indique que l'Etat ne dispose pas de véritable outil permettant d'opérer de telles comparaisons.

Audition de Françoise REFABERT et Simon KEELING,
Société Générale
(27 février 2003)

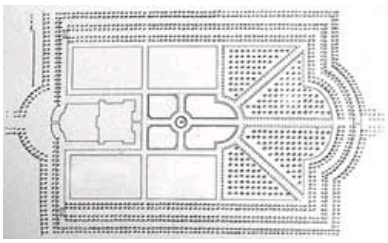
L'audition de Françoise REFABERT et Simon KEELING a donné lieu à un exposé qui s'est déroulé sur la base des documents reproduits ci-après.

Institut de la Gestion Déléguée

Groupe de travail consacré à la ***valorisation des biens publics***

Partenariat Public-Privé

Réalisation et financement de nouveaux équipements sur le domaine public



27 février 2003

Agenda

1 Le contexte d'un projet en Partenariat Public-Privé - Les objectifs des parties
   - Le Partenaire Public
   - Le Partenaire Privé

2 Deux approches possibles en fonction du partage des risques :
   - l 'exemple des financements d 'équipements de collectivités locales par des sociétés financières non dédiées
   - Financements de projet

3 Points à éclaircir dans le dispositif législatif actuel

1. Le contexte d'un projet en Partenariat Public-Privé

La situation prévisionnelle des finances publiques en 2003

Institut de la Gestion Déléguée

- Au sein de l'UE, les deux soldes déterminant la contrainte publique sur la dépense sont :
  - le besoin de financement de l'exercice égal à la somme du déficit budgétaire et de l'amortissement de la dette publique de l'exercice concerné, le solde « déficit budgétaire » doit être inférieur à 3% du Produit Intérieur Brut (PIB)
  - le niveau de dette des administrations publiques (APU) , ce ratio doit être inférieur à 60% du PIB
- Sur la base d'une prévision de croissance du PIB de 1.5% en 2003 (scénario SG dans le consensus), évaluation récemment confirmée par le MINEFI :
  - le solde « déficit budgétaire » prévu à la LdF 2003 représente 2.9% à 3.1% du PIB, soit une **marge de manoeuvre proche de 0**
  - le ratio dette des APU sur PIB serait de 59.3%, soit une **marge de manoeuvre de 10 Mds €**
- La mise en réserve de crédits à hauteur de 5 Mds € ramènerait le déficit budgétaire à 2.6%/2.8% du PIB
- Les pouvoirs publics ont décidé la mise en oeuvre pour l'exercice 2003 d'une procédure transparente de mise en réserve de crédits
  - pour les gestionnaires publics, qui dès le début de l'année connaîtront le montant même minoré de leurs crédits
  - pour le Parlement, par le vote d'une loi de finances rectificative et d'une information des Assemblées des mesures de régulation mises en oeuvre.

Cette situation est à l'origine des mesures de régulation budgétaire envisagées pour l'exercice 2003.

SG

Le traitement de l'endettement public

Institut de la Gestion Déléguée

- Les crédits d'équipement ont longtemps été utilisés comme variable d'ajustement au sein du budget général.
  - Dans ces conditions, la levée de financements appuyés sur des actifs des domaines public ou privé de l'Etat permet de dégager des moyens financiers hors loi de finances
  - La levée de tels financements doit cependant être examinée attentivement au regard des normes comptables européennes. En effet, si le financement venait à être considéré par le comptable national comme un endettement, la situation, pour le budget, serait identique à celle d'un crédit classique.
- Après analyse des transactions requalifiées par EUROSTAT en Italie, en Grèce et en Autriche, nous évaluons que :
  - les opérations qui s'appuient sur la titrisation de créances en germe ou futures sans transfert de l'actif produisant ces créances (ces créances étant garanties par une APU), sont requalifiées à la fois sur le plan du déficit budgétaire et sur celui de la dette publique
  - les opérations qui s'appuient sur le transfert d'un actif générant un revenu en provenance d'une APU et dont la dette d'acquisition est garantie par une APU, sont requalifiées sur le plan de la dette publique même si l'actif transféré et le passif garanti sont logés dans une société commerciale.
- Les transactions qui permettent d'éviter un impact tant sur le déficit que sur le niveau de dette publique supposent :
  - le transfert des actifs générant un cash-flow dans une structure ad hoc, si possible prenant la forme d'une société non transparente de droit privé
  - Un transfert partiel ou limité du risque vers le Partenaire Public
  - le respect des critères de ressources provenant du secteur marchand afin que la garantie octroyée par la puissance publique ne soit pas requalifiante en terme de dette publique et n'impacte que les engagements hors bilan de l'Etat.

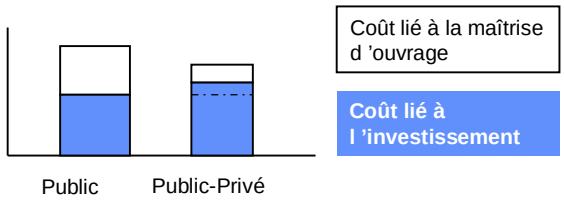
SG

Les priorités du partenaire public ?

Institut de la Gestion Déléguée

- Tenir les délais de réalisation
- Obtenir des engagements de performance, améliorer les prestations contre des redevances fixes
- Assurer les meilleures conditions de mise en concurrence
- Etaler les dépenses budgétaires sur la durée de vie économique
- Réduire le coût budgétaire global ?
  - Base de comparaison ?

  (cf. notion de « Value for Money » au Royaume Uni)
- Transfert de risque financier ?
- Accéder à un traitement favorable des fonds levés ?



SG

Le partenaire privé

Institut de la Gestion Déléguée

- Le Partenaire Privé doit assumer les contraintes et engagements liés
  - à la conception/construction,
  - l'exploitation-maintenance et
  - le financement
- Le Partenaire Privé sera donc en réalité un groupement d'entreprises et d'investisseurs, dont la cohésion sera assurée par l'**exploitant / responsable de la maintenance** qui sera l'interlocuteur direct du partenaire public sur le long terme.
- Etant une société de services, l'objectif essentiel de l'**exploitant / responsable de la maintenance** sera d'**éviter que l'actif et l'endettement correspondant ne soient consolidés dans son bilan**
- Il fera appel à des **investisseurs** qui accepteront de porter l'actif à condition de pouvoir le comptabiliser comme un **engagement financier sur la puissance publique**

SG

Le Prêteur / Investisseur

Institut de la Gestion Déléguée

- Ses contraintes :
  - Ratios prudentiels : l 'application de Basle II (ratio Mc Donough) entraîne un renchérissement des crédits à long terme
  - Eviter la concentration des risques
  - Rotation des actifs
- Il est rémunéré pour la mise à disposition de son bilan et sa capacité à lever des ressources longues, sans espoir de rémunération additionnelle
  - il n 'intervient pas dans la gestion opérationnelle
  - ses relations avec l 'opérateur doivent être clairement délimitées
- Le risque lié au Partenaire Public, surtout si c'est l'Etat, est favorablement perçu par les Prêteurs, mais le risque de structure juridique doit être analysé :
  - L'Etat présente un risque de crédit (solvabilité) inexistant pour le paiement de la location et/ou du service fourni.
  - L'existence d'une option de rachat que l'Etat peut exercer au cours de la durée de la location a une valeur incontestable.
  - Nonosbtant le risque de l'annualité budgétaire (réforme de la gestion du titre III) et celui de la mise en jeu de l'astreinte, le risque de paiement du débiteur / utilisateur (l'Etat) est excellent.
  - Les droits réels nés de l'autorisation d'occupation temporaire sont incomplets (respect des exigences de service public et inaliénabilité des actifs affectés à un service public) et datés (échéance de l'AOT associé au risque de performance de l'Exploitant).

Ø **Le financement d'offres globales (conception/réalisation/maintenance) dans le cadre de services publiques doit reposer sur une analysé fine des risques**

SG

Le Partenaire Public et les prêteurs / investisseurs dans une position asymétrique

Institut de la Gestion Déléguée

- Le prêteur comme le Partenaire Public sont tous deux confront és au risque de performance de l'Exploitant
  - Le risque de défaillance (dysfonctionnement, interruption, faillite) de l'Exploitant constitue une contrainte pour le Partenaire Public comme pour l'investisseur, qui est engagé sur une structure très endettée.
  - L'investisseur n'a pas la capacité légale ou opérationnelle de désigner un nouvel Exploitant, si l'opérateur initial est défaillant.
  - Ce risque pour le Partenaire Public et pour l'investisseur est d'autant plus sensible que la période d'utilisation s'étale sur une période longue (25 ans) selon la nature des actifs.
- Le prêteur qui porte le risque de financement de l 'actif ne peut se faire octroyer de s ûretés réelles efficaces. Les droits réels naissant d'une AOT sont limités :
  - par la performance de l'Exploitant ;
  - par l'affectation des actifs à un service public ;
  - Par ailleurs, l'investisseur est exposé au risque du « fait du Prince » voire à un risque de réquisition sur des actifs de sécurité nationale (casernes de gendarmerie, commissariats de police).
- **Les conditions d'indemnisation des prêteurs / investisseurs doivent être claires et contractuelles.**
  - La mise en place d'une offre globale de services doit donc détailler les conditions d'une indemnisation intégrale du risque des investisseurs.
  - Les conditions d'indemnisation doivent être définies par la voie réglementaire
  - Ces actifs doivent pouvoir être assurés dans des conditions financières satisfaisantes (éventuellement auprès de l 'Etat ou un de ses démembrements).

SG

2. Approches financières possibles selon les options retenues par le Partenaire Public :

Financements de projet

Schéma financier inspiré des financements sur le domaine public des collectivités locales

Deux approches selon les options retenues par le partenaire public

Le partenariat repose sur un fondement juridique déterminé par le Partenaire Public :

- Le Partenaire Public met à disposition du Partenaire Privé un terrain appartenant au domaine public (sous forme d'AOT ou BEA)
- Sur la base des besoins détaillés formalisés dans un cahier des charges, le Partenaire Privé finance, réalise puis loue l'équipement au Partenaire Public
- Ce dernier peut à tout moment mettre fin à l'occupation (résiliation ou option d'achat)
- L'équipement fait retour automatiquement au Partenaire Public en fin de bail (ou AOT)

Deux approches sont envisageables pour le financement du partenariat

- Schéma inspiré des **financements sur le domaine public des collectivités locales**
  - Projets de montant unitaire de l'ordre de 100 M EUR, sur lesquels les redevances publiques suffisent à l'équilibre financier
  - Missions au cœur du service public :
    - Sécurité intérieure, Justice ð **LOPSI**
    - Santé
    - Education ?
- **Financements de projet**
  - Grands projets d'infrastructure sur lesquels le transfert de risque sur les cash flows vers le partenaire privé est habituel
    - Autoroutes, Aéroports ?

L'adaptation des schémas contractuels dépend davantage du transfert des risques décidé par le partenaire public que d'une approche sectorielle (cf. PFI au Royaume Uni)

Transfert de risques et responsabilités au partenaire privé

Institut de la Gestion Déléguée

Risques	Répartition « Public »	Modalités de contrôle par le partenaire public
Acquisition/mise à disposition du terrain		Cahier des charges
Sols (archéologie, pollution …)		
Contestation du projet		Localisation
Validation/modification de la définition du projet		
Etude prévisionnelle sur la demande		Spécifications détaillées
Conception (coût/qualité)		
Force majeure		Contrôle de conformité
Détermination des redevances publiques		
Valeur résiduelle		Fixation des redevances publiques
Construction		
Conformité		Prix payé par les usagers
Rupture anticipée		
Sous-traitants		Engagements contractuels
Dépassements coûts/délais		
Vices cachés		
Conformité de la maintenance		
Recettes complémentaires aux redevances publiques		

« Privé »

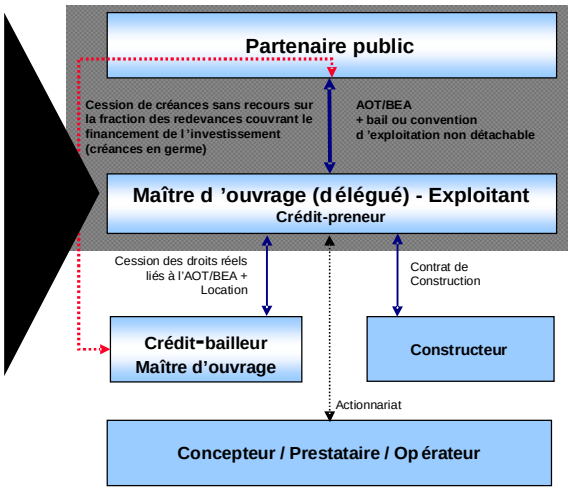
objet de l 'ensemble contractuel

Du jardin à l'anglaise au jardin à la française

Institut de la Gestion Déléguée

Approche type
Financement sur domaine public des collectivités locales

- **Transfert des droits réels issus de l'AOT ou BEA plus location**



- Avantage :
  - schéma adapté de la pratique des financements sur domaine public des collectivités locales : pratique standardisée
  - plus facile à financer (pas de risque opérationnel pour le financier) = moins cher
- Le caractère déconsolidant du schéma locatif doit être validé par les CAC de l'exploitant au cas par cas.

Schéma adapté des financements sur le domaine public des collectivités locales

Rappel

- **La collectivité locale confère un droit réel immobilier au délégataire au moyen d'un BEA**
- **Une société financière non dédiée (Sofergie le plus souvent) acquière ces droits de propriété sur l'équipement en cours de construction puis loue cet équipement au délégataire/exploitant**
- **Le BEA et la convention d'exploitation non détachable conclu par la collectivité et l'exploitant sont complétés par une convention tri-partite introduisant la Sofergie en tant que crédit-bailleur, ce qui permet :**
  - de réitérer les obligations liées à l'affectation du bien concerné au service public et les prérogatives de la puissance publique tenue d'assurer la continuité du service public en cas de résiliation du bail
  - d'organiser en conséquence les cas de résiliation du bail
  - de garantir dans tous les cas les droits du crédit-bailleur en lui permettant d'être indemnisé par la collectivité publique en cas de dénouement anticipé sur la base du montant du financement non amorti ou en substituant un nouvel exploitant au concessionnaire défaillant.

Schéma adapté des financements sur domaine public des collectivités locales

Institut de la Gestion Déléguée

- Le montage est susceptible de ne pas provoquer la consolidation de l'actif et de l'endettement chez l'Exploitant en respectant ces critères :
  - D'une part, l'activité du Crédit-Bailleur (Sofergie) n'est pas limitée au financement de l'actif en question.
  - D'autre part, même s'il paie l'intégralité du financement du bien, l'Exploitant ne dispose pas de gains ou pertes potentiels liés à la propriété du bien, celui-ci revenant automatiquement au Partenaire Public.
  - L'Exploitant garde néanmoins l'ensemble des risques d'exploitation, y compris sur sa rentabilité.

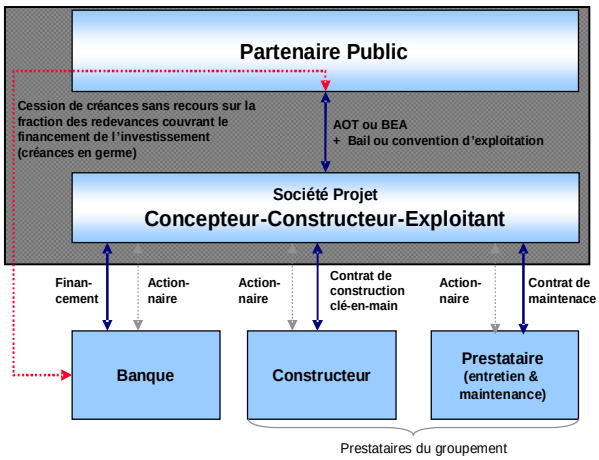
IAS 17 : critères permettant de **distinguer une location opérationnelle (non consolidée) d'une location financière (qui doit être décomposée pour le crédit-preneur en un investissement et un financement)**
Une location financière transfère substantiellement tous les bénéfices et risques associés à la propriété de l'actif au crédit-preneur
IAS 27 / SIC 12 : critères pour la consolidation de sociétés ad hoc (société projet)
Si la société projet a une activité unique qui bénéficie à un unique sponsor, cette société projet doit être consolidée chez le sponsor, même si ce dernier ne participe pas au capital de la société projet
Nota : Les normes comptables US traitent en particulier de location de biens détenus par des entités publiques (§28 FASB interpretation n°23)

SG

Approche type
Financement de Projet

Institut de la Gestion Déléguée

- **création d'une société projet**
- Structure proche de celle retenue sur le projet de conception-réalisation-financement-exploitation, dans le cadre d'une AOT, de l'hôtel de Police de la Nuée Bleue à Strasbourg.
  - Le promoteur SCIC et les investisseurs financiers et immobiliers CDC/CE Strasbourg sont actionnaires de la SCI qui est titulaire de l'AOT et passe le bail avec l'Etat.
  - Une société filiale de SCIC et de SPIE assure l'entretien du commissariat sur la base d'un contrat de 23 ans.



- Avantage : Structure se rapprochant des financements de projets, facilitant l'allocation des risques
- Inconvénients :
  - IAS 27 et SIC 12 pourraient conduire l'opérateur - constructeur à consolider : La SPV relève de SIC 12 (l'opérateur effectue tous les services sauf financiers / les activités sont conduites de manière à ce que l'opérateur en récupère les bénéfices)
  - L'investisseur financier prend un risque à long terme de performance sur l'exploitant = le pool d'investisseurs est réduit / le risque se rémunère

SG

3. Points à éclaircir dans le dispositif législatif s'appliquant au PPP

Les adaptations nécessaires du Code du domaine de l'Etat

- Simplifier et uniformiser les textes de façon à dessiner un schéma concessif souple applicable à toutes les opérations de service publique ou d'intérêt général :
  - Permettre le recours au crédit-bail pour le financement du titulaire d'une AOT, même si l'investissement est destiné à un service public (Cf. Art. L34.7 du Code du Domaine de l'Etat)
  - Ou, de façon plus générale, permettre la cession ou l'affectation en garantie des droits réels dérivés de l'AOT aux investisseurs financiers
- Permettre aux investisseurs de bénéficier de paiement directs de la part de la puissance publique (par exemple par cession de créances dans le cadre de la loi Dailly)
- Fixer dès l'origine et de façon irréversible le montant d'indemnisation en cas de rupture de l'AOT (notion de « préjudice direct matériel et certain né de l'éviction anticipée» (Article 34.3 du Code du Domaine de l'Etat)

Points à éclaircir dans le dispositif législatif global s'appliquant au PPP

- Le recours au financement privé de projets sur le domaine de l 'Etat doit respecter le cadre de la programmation budgétaire
  - Agrément par le Ministère des Finances ?
  - Loi organique relative aux lois de finances *(1er août 2001)* : fongibilité des budgets de fonctionnement et d'investissement
- Clarifier les modalités de mise en concurrence dans le cadre d'appels d'offre portant sur le transfert de la maîtrise d'ouvrage à un opérateur privé
  - Directive Travaux au niveau européen
  - Nouveau code des marchés publics
  - Loi Sapin
  - Loi MOP
- Le traitement fiscal devrait être équivalent pour tous les projets publics, même si la maîtrise d'ouvrage est transférée à un partenaire privé : la charge fiscale est supportée in fine par les utilisateurs de l'équipement public dans tous les cas.

SG

Audition de David AZEMA
Directeur général, Vinci Concessions
et François LE VERT,
Directeur de la communication, Vinci Park
(27 février 2003)

L'audition de David AZEMA et François LE VERT a donné lieu à un exposé consacré à la participation de VINCI PARK à la valorisation du stationnement conçu comme un élément du patrimoine public.

1. Présentation de VINCI PARK

VINCI PARK gère environ 800 000 places de stationnement dans le monde, réparties entre 330 000 places sur voirie et 470 000 places en ouvrage, et est aujourd'hui le premier concessionnaire mondial de parcs publics de stationnement (350 000 places dans le monde).

En France, VINCI PARK est présent dans 178 villes et exploite environ 440 000 places de stationnement.

2. La concession de stationnement comme instrument de valorisation des biens publics.

94% des résultats de l'entreprise viennent activités de nature concessive, sur la base de contrats portant tout à la fois sur le stationnement sur voirie et hors voirie. L'intérêt est ici d'utiliser les recettes d'un service structurellement bénéficiaire pour financer des ouvrages structurellement déficitaires.

Ce dispositif a fait ses preuves et ce sont aujourd'hui plus de 500 parcs de stationnement qui ont été financés ainsi.

Pour autant, il s'agit là d'un instrument qui nécessite encore d'être perfectionné en vue de mieux concilier la logique et les spécificités du stationnement hors voirie, qui correspond à un service public industriel et commercial reposant sur une offre essentiellement privée, et la logique et les spécificités du stationnement sur voirie, qui procède de l'exercice des pouvoirs de police du maire et d'un financement lié à la perception d'une taxe parafiscale.

3. Souhaits et propositions

Les souhaits de la profession sont au moins de quatre ordres :

- *Adapter les instruments juridiques obsolètes*

Outre l'assouplissement des procédures de passation des contrats sur la base desquels l'activité d'exploitation de places de stationnement est exercée, il apparaît nécessaire de réfléchir à une diminution du nombre des intervenants, à une décentralisation des décisions, et enfin à une meilleure responsabilisation des acteurs.

- *Fiabiliser l'économie du stationnement*

Il s'agit de donner une dimension économique au stationnement, en veillant notamment, d'une part, à sortir les recettes d'une logique aléatoire et irrationnelle, et d'autre part, à crédibiliser les montages financiers.

- *Relier l'économie du stationnement à l'économie du déplacement*

Ceci implique de faire du stationnement un levier financier intégré à l'économie des déplacements, en lien en particulier avec la mise en place de péages urbains.

- *Créer un nouveau gisement de recettes pour les agglomérations*

Les recettes du stationnement devraient pouvoir être valorisées au profit du budget des collectivités territoriales, à l'image de ce qui est le cas pour certains « boroughs » de Londres pour lesquels le stationnement constitue la première recette du budget de la collectivité.

Le stationnement est un secteur économique qui représente 1,5 milliards d'euros mais qui pourrait rapporter 2 milliards d'euros supplémentaires sans investissements nouveaux, dans le cadre d'une meilleure valorisation du patrimoine existant

Audition de Robert CALCAGNO,
Directeur général, EGIS
(26 mars 2003)

1. Présentation d'EGIS

Filiale de la Caisse des Dépôts et Consignations (87%), EGIS intervient essentiellement dans le domaine des infrastructures de transport (routes, autoroutes, aéroports, ports, pipe-lines,…).

Issue du groupe SETAUROUTE créé en 1970, EGIS est à l'origine une entreprise d'ingénierie qui à partir du début des années 90 s'est tourné vers deux autres métiers : le développement de projets en tant que sponsor et investisseur dans des opérations de type BOT, et l'exploitation d'infrastructures.

Aujourd'hui, l'activité d'EGIS se répartit comme suit :

- ingénierie : 77%
- exploitation : 19%
- développement de projets : 2%

Activité proportionnellement résiduelle, le développement de projets n'en présente pas moins la particularité de générer les trois quarts de la marge réalisée par EGIS et de se voir affecter près de 60% des actifs de cette entreprise.

2. Une expérience intéressante et innovante : le Melbourne City Link

EGIS a très largement participé à la mise en place du périphérique urbain de la ville de Melbourne. Ce périphérique d'une longueur de 22 kilomètres a représenté un coût de construction de 1,5 milliards de dollars ; il comprend deux tunnels et accueille chaque jour environ 300 000 véhicules, pour un nombre annuel de clients de 3 millions.

La période de « gestation » de ce projet a été très longue : il s'agissait là du premier projet BOT réalisé par le gouvernement australien et celui-ci a mis environ trois ans pour lancer l'appel d'offres. Le contrat a été attribué en octobre 1995 et les travaux se sont déroulés de 1996 à 2000.

Le gouvernement australien a pris soin de se doter d'une véritable autorité concédante (*« Melbourne City Link Authority »*) composé d'une trentaine de personnes particulièrement compétentes pour mener à bien le projet.

Cette opération a partiellement été financée par le secteur public (400 millions de dollars) à travers l'apport d'un tronçon existant permettant de rentabiliser les autres tronçons du périphérique.

En fin de contrat, la société concessionnaire est appelée à rester propriétaires des équipements installés (notamment du portique de péage) tandis que l'infrastructure en tant que telle et les droits de propriété intellectuelle afférents appartiennent *ab initio* à l'autorité concédante.

3. Souhaits et suggestions

- *Développer un flux de projets suffisant*

Ceci afin d'introduire des éléments de systématicité et de faire en sorte que chaque opération ne fonctionne pas par exception.

Cela implique en particulier :

- d'assouplir et mieux définir le cadre juridique et commercial applicable ;
- d'améliorer les compétences et d'augmenter les moyens des autorités concédantes, éventuellement en créant un établissement public véritablement chargé de piloter des projets.

- *Donner aux collectivités territoriales un véritable droit de concéder*

Cela implique en particulier :

- de faire évoluer les règles juridiques (mettre fin à l'impossibilité de déléguer la police de la conservation de la voirie, à la prohibition du paiement différé ou encore aux contraintes découlant de l'article L.153-5 du Code de la voirie) ;
- de mandater les collectivités territoriales pour régler les problèmes de contournement urbain ;
- donner aux collectivités territoriales les moyens financiers de concéder (pourcentage TIPP, assouplissement des formules de subventions,…) ;
- doter les collectivités territoriales d'une autorité suffisante en la matière, notamment à travers la formation des fonctionnaires territoriaux.

- *Promouvoir le développement des péages*

Cela permettrait en particulier :

- de fournir les moyens de financer les externalités ;
- de réaliser d'éventuels objectifs d'équilibrage modal ;
- de faire une application efficace du principe pollueur/payeur ;
- de financer le développement du transport collectif (notamment par le développement de péages urbains).

ANNEXE n°3

***

Contributions écrites

Contribution du GRAND LYON
relative à la valorisation des biens immobiliers du domaine privé
de la Communauté Urbaine de LYON.

1. **Existence et modalités d'une politique de valorisation des biens du domaine privé.**

Ø *Avez-vous défini une politique globale de valorisation de vos biens ? Si oui, quels en sont les grands traits ?*

La communauté urbaine possède un certain nombre de biens immobiliers qui, au moins provisoirement, ne sont ni directement à usage public, ni affectés à un service public.

Ces biens peuvent se classe en deux grandes catégories :

1)- Les biens dits « avec projet », destinés à plus ou moins court terme, à l'exécution d'une opération de voirie ou d'urbanisme ;

2)- Les biens dits « sans projet », c'est à dire s'étant finalement révélés n'être utiles à la réalisation d'aucun projet nécessitant leur conservation dans le patrimoine communautaire.

Jusqu'à ce que leur éventuelle démolition s'impose, les biens « avec projet » bâtis sont conservés en l'état, les locataires en place sont maintenus et, si possible, les locaux libres sont temporairement loués à titre précaire de gré à gré (logements de « dépannage », activités pouvant s'accommoder d'une occupation provisoire…). Si les locaux ne sont pas louables sans travaux préalables d'une importance incompatible avec la durée de conservation prévisible, leur démolition est programmée en fonction des possibilités financières. S'ils trouvent preneurs, les terrains nus libres sont également loués à titre précaire jusqu'à ce que la réalisation du projet impose leur libération. Ils peuvent parfois être mis provisoirement à la disposition du public (espaces libres, stationnement…)

Les biens « sans projet » sont cédés au plus tôt, de gré à gré, selon les possibilités du marché, soit en pleine propriété ou par baux de longue durée, à des personnes publiques ou privées choisies suivant l'intérêt social et/ou économique de l'opération qu'elles se proposent ou acceptent de réaliser, soit par adjudication lorsque la Communauté Urbaine n'entend pas contrôler leur destination.

Ø *Indépendamment de la définition d'une telle politique, quelles raisons vous poussent à valoriser vos biens ?*

Les biens « avec projet » dont la Communauté Urbaine ne doit donc pas se défaire sans pour autant pouvoir leur donner immédiatement la destination prévue, présentent souvent encore un intérêt social ou économique propre à satisfaire temporairement des besoins souvent inopinés (familles ou personnes seules ne trouvant momentanément pas de logement « normal », activités artisanales ou commerciales naissantes, associations à vocation sociale et /ou culturelle, agriculture périurbaine…)

Les biens « sans projet » n'ont évidemment pas vocation à être conservés par la Communauté Urbaine qui, tout en s'assurant, le cas échéant, que leur devenir reste en cohéren, ce avec ce qui paraît le plus souhaitable en termes d'habitat ou de développement économique, s'efforce de trouver un « repreneur ». Diminuant ainsi, autant que faire se peut, le capital immobilisé, la Communauté améliore peu ou prou ses capacités d'investissement.

Qu'ils relèvent de l'une ou l'autre des deux catégories, les biens vacants sont, même neutralisés, fortement en danger d'occupation ou d'utilisation sauvage (squats, dépôts d'immondices). De plus, un minimum

d'entretien ou d'interventions de sécurité, parfois très coûteux, s'impose souvent. Les impositions (taxe foncière, taxe sur les logements vacants) sont également à prendre en considération.

- *Sur quels critères choisissez-vous de valoriser un bien plutôt qu'un autre ?*

Les biens « avec projet » sont « loués » à titre précaire s'ils peuvent l'être, sous l'angle de l'hygiène et de la sécurité, sans dépenses prohibitives de remise en état. Sinon et s'il s'agit de locaux, leur neutralisation (débranchements, murages) est effectuée dans les meilleurs délais et leur démolition programmée le plus tôt possible selon les disponibilités budgétaires.

Les autres sont voués à la vente ou à la location de longue durée dès lors qu'ils répondent à la définition de biens « sans projet ».

- *Certains biens peuvent-ils plus facilement que d'autres être valorisés ? Lesquels ?*

Les locaux très dégradés et/ou mal conformés sont évidemment peu ou pas valorisables, surtout s'il s'agit de lots de copropriété, leur réhabilitation étant souvent conditionnée par des interventions sur les parties communes dépendant de l'assentiment d'autres copropriétaires. Le coût des travaux à entreprendre est en outre souvent sans commune mesure avec la valeur du bien.

La destination des friches urbaines est souvent suspendue à la conjoncture économique et à l'état d'avancement des projets d'aménagement. Les terres ayant encore une valeur agricole sont peut-être plus facilement utilisable temporairement. Dans certains cas, de vastes espaces ont pu se prêter à une expérience d'arborisation.

- *Organisez-vous des procédures de mise en concurrence pour l'attribution d'autorisations d'occupation de votre domaine public ? Dans quels cas ? Rendre obligatoire une telle mise en concurrence vous paraîtrait-il davantage constituer une contrainte de plus dans l'exercice de vos compétences, ou un moyen de trouver éventuellement l'occupant le mieux à même de valoriser le domaine ?*

Dans la mesure où l'objet de cette enquête est limité aux propriétés « privées » des personnes publiques, la question de l'occupation du « domaine public » ne se pose pas.

Pour ce qui concerne le domaine « privé » de la Communauté Urbaine de Lyon, une mise en concurrence formelle des occupants potentiels paraîtrait peu pertinente.

Mettre en concurrence des personnes modestes en recherche de logement pour l'attribution d'un appartement de dépannage dont le montant du loyer sera forcément adapté aux capacités contributives des candidats n'aurait aucun sens et, de plus, retarderait prohibitivement l'hébergement souhaité.

De même, on verrait mal faire surenchérir sur leur intérêt social ou économique des associations en mal de locaux, ou des petites activités cherchant un abri provisoire, sachant que chaque demandeur a des besoins spécifiques en surface, configuration, situation, etc…et que, de toute façon, une adaptation du montant de l'indemnité d'occupation devra être pratiquée pour tenir compte des ressources des preneurs et de la précarité de la location.

Lorsqu'il s'agit de vente pure et simple ou de location de longue durée, pour des opérations de réhabilitation ou de construction, la Communauté Urbaine contacte plusieurs opérateurs potentiels et les invite à lui indiquer s'ils sont intéressés et, si oui, à monter un projet et à en étudier la faisabilité. En cas de projets viables équivalents, « le plus-disant » est retenu.

D'une façon générale, une mise en concurrence formelle ne serait éventuellement opportune que si, la conjoncture devenant si favorable, la demande dépassait très significativement l'offre.

Enfin, quand il s'agit de se défaire un bien dont le devenir importe peu, la mise en adjudication par l'intermédiaire de la chambre des notaires ou d'organismes représentatifs des agents immobiliers est adoptée.

2. Description d'un exemple particulier de valorisation

- *Comment l'opération a-t-elle été structurée (du point de vue administratif, juridique…) ?*

La Communauté Urbaine avait entrepris l'acquisition, lot par lot, d'un immeuble en copropriété ancien condamné par un projet de voirie, lorsque celui-ci a dû finalement être abandonné.

La solution consistant en une revente des neuf logements déjà acquis n'a pas été retenue compte tenu du prix trop faible, par rapport au coût d'acquisition, que la collectivité pouvait espérer obtenir d'éventuels repreneurs.

Le choix s'est finalement porté vers une réhabilitation des locaux en cause en vue de leur mise en location par le biais, non pas de conventions d'occupation à titre précaire, mais de baux « normaux » permettant de pratiquer des loyers conformes aux conditions du « marché ». Un amortissement relativement rapide du coût des travaux pouvait être espéré de l'opération, laquelle n'excluait pas une vente ultérieure lorsque la conjoncture serait meilleure.

La relativement faible ampleur de l'opération a permis sa réalisation sous la forme la plus simple en la confiant aux entreprises adjudicataires de la Communauté Urbaine par corps de métiers.

- *Comment le choix des partenaires de l'opération s'est-il effectué ?*

La Communauté Urbaine a été le seul maître d'ouvrage sans partenariat. Elle a choisi sur devis les entrepreneurs pressentis dans chaque spécialité.

- *Quels ont été les schémas de financement ?*

Les crédits ont été prélevés sur l'enveloppe budgétaire annuelle réservée aux travaux courants à effectuer sur le patrimoine « privé ».

- *Quels problèmes (juridiques, financiers, comptables, techniques…) avez-vous rencontrés ?*

Une partie des travaux a dû recueillir l'assentiment de la copropriété, certaines interventions affectant les parties communes. La coordination des divers intervenants n'a pas toujours été facile et la durée totale des chantiers s'en est ressentie.

- *Quelle appréciation portez-vous sur cette opération ? Quels processus d'évaluation avez-vous mis en place ?*

Techniquement parlant la réalisation a donné un résultat satisfaisant.

Sous l'angle patrimonial, l'objectif poursuivi en première intention, à savoir la possibilité de louer sans difficulté les locaux et d'en obtenir un rendement correct, a été atteint. Le coût des travaux devrait pouvoir être amorti en quelques années. La vérification de cette appréciation s'effectuera par l'examen des comptes de gestion des biens en cause.

Enfin et surtout, le quartier dans lequel se situe l'immeuble a ainsi regagné quelques logements décents, tandis que la copropriété ne saurait qu'être satisfaite des bonnes conditions dans lesquelles les appartements en cause peuvent être dorénavant réoccupés.

Contribution de DEXIA – Crédit Local de France

1. Notre participation à des opérations de valorisation

Ø *Pourquoi nous intéressons-nous à ce genre d'opérations ?*

Le financement des équipements collectifs et les services financiers au secteur public ont toujours été au cœur des activités de Dexia Crédit Local.

Les opérations de valorisation des biens publics sont partie intégrante de notre premier métier et nous disposons du savoir-faire nécessaire à la réalisation de ces opérations complexes.

Ø *Quelle place tiennent ces opérations dans notre activité ?*

Ces opérations nécessitent beaucoup de temps afin d'aboutir à une rédaction optimale des conventions, respectant les rôles de chacun des intervenants.

Bien que s'appuyant sur des textes courants rédigés par les services du ministère des Finances, Direction des Domaines, la documentation est négociée à chaque opération, en fonction des caractéristiques du projet, des spécificités du cahier des charges et de l'allocation des risques retenue.

A ce titre, les opérations de valorisation des biens publics occupent une place importante en terme de temps dans les activités du département « Asset Finance » de Dexia Crédit Local ; en revanche, elles sont très marginales en terme de volume, le nombre d'appel d'offres étant restée modeste jusqu'à présent, et le montant unitaire de ces opérations très faible (de 3 à 15 millions d'euros sauf de rares exceptions).

Ø *Quelles sont les conditions dans lesquelles nous sommes amenés à être associés à ces opérations de valorisation de biens publics ?*

Les opérations de valorisation des biens publics auxquelles Dexia Crédit Local participe consistent en des opérations de portage immobilier, et plus particulièrement des constructions de structures hospitalières, de logements pour les étudiants des grandes écoles publiques ou d'immeubles de bureaux en vue de loger des services de l'Etat…

Ces opérations donnent généralement lieu à des appels d'offres ou à des procédures de mise en concurrence organisés par la personne publique concernée. Dexia Crédit Local accompagne un promoteur qui s'associe à une entreprise de construction et à une entreprise de maintenance pour disposer des compétences nécessaires. L 'élaboration de l'offre est conjointe, elle vise à satisfaire au mieux les attentes de l'adjudicataire.

2. Description, à partir d'un ou deux exemples précis, d'opérations de valorisation auxquelles nous avons participé

- *Quel rôle avons nous été amenés à jouer et quelles ont été les modalités de notre intervention ?*

Quelques exemples d'opérations livrées ou en cours de réalisation : résidences étudiants pour l'ENSAR (Ecole Nationale Supérieure Agronomique de Rennes), centre d'imagerie médicale du Centre Hospitalier de Beauvais, Centre de Rétention Administrative de Coquelles, maison d'accueil spécialisée de l'Hôpital Pinel d'Amiens ; ou encore quelques exemples d'opérations en cours de montage : immeubles pour les DRASS et DRTE de plusieurs régions.

Pour l'opération du Centre de Rétention Administrative (CRA) de Coquelles, Dexia Crédit Local a rédigé l'offre financière qui a été jointe à l'offre de CIRMAD Prospectives, filiale de Promotion du groupe Bouygues. Une fois sélectionné, le groupement a établi les conventions permettant d'organiser la répartition des tâches et des risques entre les différents partenaires : réalisation du bâtiment par CIRMAD qui contracte un marché de travaux avec Norpac, portage financier par Dexia, maintenance par Dalkia.

L'appel d'offre jusqu'à la désignation du candidat a pris trois mois, la mise au point des conventions 3 mois également. L'opération a été quelque peu retardée par l'acquisition du terrain, et les travaux ont démarré en juin 2002 pour une livraison en décembre 2002.

L'AOT a une durée de 21 ans. La durée des travaux est estimée à 8 mois. Dexia assure le préfinancement de l'opération pendant la phase de construction. La période de location commence à la réception de l'immeuble. Les caractéristiques de cette location (durée, montant des loyers et prestations) ont été définies préalablement avec le Ministère.

Au terme de la location (9 ans dans le cas présent), le Ministre a la possibilité d'acquérir le bien gratuitement en résiliant l'AOT ou de renouveler le contrat de location pour une durée inférieure à la durée résiduelle de l'AOT.

- *Quels problèmes avons-nous rencontré ?*

Les appels d'offres lancés pour réaliser ces opérations s'adressent à des entreprises à qui la personne publique demande de construire, financer, entretenir un immeuble qui lui est destiné.

Or, les entreprises n'ont pas la structure de bilan nécessaire pour porter des investissements pendant une durée aussi longue, et par ailleurs, les investisseurs, dont le métier est d'investir, ne disposent pas, dans ces opérations, d'une propriété entière et ne se sont pas manifesté jusqu'alors.

Les investisseurs n'ont pas la possibilité d'arbitrer le bien, pas de cession et donc pas de plus value potentielle. S'agissant d'immeubles administratifs, ils ne peuvent en changer aisément la destination.

Ainsi l'approche ne peut être purement immobilière comme c'est souvent le cas du point de vue de l'adjudicateur, et le montage nécessite au moins deux, mais généralement trois, partenaires pour être réalisé.

- *Quelle appréciation portons-nous sur ces opérations ?*

Dexia Crédit Local a imaginé un montage qui vise à allouer à chaque participant les risques qu'il est en mesure d'apprécier et d'assumer.

En outre, ce montage optimise les coûts en affichant une transparence totale et en évitant la création d'un véhicule *ad hoc*.

L'exercice est difficile, mais l'investissement interne étant réalisé, nous sommes très mobilisés sur ces opérations.

3. Nos souhaits et propositions

Dexia Crédit Local est en mesure de s'adapter aux demandes actuelles, même complexes. A titre d'exemple nous finançons des PFI en Angleterre, nous avons participé à l'externalisation du patrimoine public en Italie, et en France nous sommes très présents sur les opérations de valorisation du patrimoine public.

Deux remarques :

- la précarité liée à l'AOT est peu compatible avec des opérations immobilières d'envergure et nécessite une indemnisation correcte des intervenants.

- pour chaque degré de transfert des risques au privé, des solutions existent, mais le prix de la prestation croît de manière quasi exponentielle avec le degré d'exigence demandé.

La complexité des opérations pourrait être atténuée par une simplification de l'utilisation du Code des Marchés Publics.

ANNEXE n°4

***

Eléments pour une loi générale sur les propriétés publiques

ELEMENTS POUR UNE LOI GENERALE
SUR LES PROPRIETES PUBLIQUES

PRESENTATION PAR OBJECTIFS

I / LIMITER LE CHAMP DE LA DOMANIALITE PUBLIQUE

- Les biens appartenant à une personne publique sont soumis au régime de la domanialité publique lorsqu'ils sont affectés à l'usage direct du public ou ont fait l'objet d'aménagements spéciaux indispensables à une activité de service public.

- Les immeubles de bureaux appartenant à des personnes publiques font partie de leur domaine privé.

- L'aliénation des biens immobiliers des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat est possible dans les conditions du droit commun, à l'exception des biens. indispensables, en raison notamment des aménagements qu'ils ont reçus, à la continuité du service public concerné ou au bon exercice d'une liberté constitutionnellement garantie. Les ministres des Finances et chargé du contrôle de l'établissement concernés en sont préalablement informés. Les modalités de ce régime d'autorisation préalable sont fixées par des décrets en conseil d'Etat.

Exposé des motifs : Le régime de propriété applicable aux propriétaires personnes publiques – dont le conseil constitutionnel a confirmé qu'il était de la nature de celui du code civil – doit être bien distingué des régimes d'affectation qui peuvent compléter et corriger ce régime de propriété. Parmi ces régimes d'affectation le régime de domanialité publique, avec son corollaire de l'inaliénabilité, a été démesurément étendu par la jurisprudence, au désavantage finalement des personnes publiques propriétaires.

Le texte proposé ci-dessus vise à en limiter l'étendue par les procédés cumulés d'une désignation des immeubles de bureaux comme relevant, par la loi, du domaine privé, d'une récriture du critère de l'aménagement spécial pour en assurer l'efficacité et par l'extension à tous les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat du système déjà mis en place par des lois spéciales pour France Telecom puis pour La Poste.

II / LIMITER L'INSAISSISABILITE AUX BIENS NECESSAIRES AU SERVICE PUBLIC

Ajouter après l'article 38 du décret du 31 juillet 1992 relatif aux procédures civiles d'exécution et pris en application de la loi du 9 juillet 1991 un article 38-1 ainsi rédigé : « Les biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, appartenant à des personnes publiques et nécessaires à la continuité d'une activité de service public ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire ».

Exposé des motifs : La cour de cassation a rendu, le 21 décembre 1987, un arrêt qui vise le *« principe général du droit….suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables »* et déduit de *« ce texte »* (sic) que, *« s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution du droit privé »* (cass. civ. 1ère, 21 déc. 1987, Bull. I, n. 348, p. 249). La doctrine a pu regretter à l'époque cette solution et sa formulation de principe, en ce qu'elle paralysait une évolution généralement tenue pour souhaitable et dans laquelle plusieurs cours d'appel d'étaient engagées : voyant le fondement de l'insaisissabilité, non pas dans la nature du bien ni l'identité publique du propriétaire, mais uniquement dans les nécessités de la continuité des services publics assurés à partir de ces biens, elle proposait de n'écarter les voies d'exécution que là et dans le mesure où cela apparaissait commandé par ces exigences de continuité

S'ajoute à cela que l'absence de voies d'exécution et de possibilités de saisies n'est pas à l'avantage bien compris des personnes publiques, qui doivent avoir librement accès au crédit pour financer les investissements réalisés sur leur domaine et donner les sûretés nécessaires aux préteurs. On se convainc alors que la jurisprudence BRGM doit être abandonnée dans sa formulation de principe.

D'où le projet de texte ci-dessus qui tient compte de difficultés de deux ordres : de méthode d'abord, car il s'agit de revenir sur une jurisprudence, non sur un texte ; de fond ensuite, car la prohibition des voies d'exécution du droit privé doit demeurer lorsque la continuité du service public est en cause, mais aussi chaque fois que, le contentieux correspondant étant administratif, ce sont les procédures d'exécution propres à celui-ci qui doivent s'appliquer. Le texte ainsi prendrait place dans la législation de procédure civile relative à la saisie et aux voies d'exécution (après l'article 38 du décret du 31 juillet 1992, annexé au code de procédure civile) et, sur le fond, partira du principe négatif de la jurisprudence actuelle en en précisant (et donc en en limitant) la portée.

III / SECURISER ET A UN MOINDRE COUT LES INVESTISSEMENTS DE VALORISATION DU DOMAINE

Il s'agit ici des investissements et des équipements et constructions réalisés, d'une part, par des acquéreurs investisseurs privés sur ou sous le domaine public conservé (les « voisins » du domaine public), d'autre part, des investissements et réalisations des occupants domaniaux autorisés. Le foncier des uns et des autres tire une partie de sa valeur (ce qui correspond à une partie du prix de « cession » par l'administration) de la possibilité d'établir des rapports réels surs et stables avec le domaine public conservé. D'où les propositions de textes suivants, l'un pour les « voisins » du domaine, l'autre pour les occupants domaniaux.

Premier texte

- Les servitudes légales du code civil ne sont pas applicables de plein droit sur les dépendances du domaine public.

- Des servitudes conventionnelles peuvent être stipulées sur le domaine public, au bénéfice des fonds voisins, dès lors qu'elles sont compatibles avec l'affectation d'utilité publique donnée au fonds qui les supporte.

Exposé des motifs : On continue parfois à affirmer que les servitudes réelles sont impossibles sur le domaine public et on invoque l'inaliénabilité. Cela ne correspond pas à la réalité du droit positif ; et, dans la pratique, constitue une entrave juridique considérable à la bonne organisation de toutes les opérations complexes, fréquentes aujourd'hui, dans lesquelles des rapports réels doivent être établis entre les propriétés privés et le domaine public conservé.

Il faut donc redonner à la règle sa véritable portée et ses limites : ce qui doit être protégé (par l'inaliénabilité), c'est évidemment l'affectation d'utilité publique qui caractérise le domaine public et non la propriété en elle-même ; cela conduit à admettre les servitudes réelles sur le domaine public chaque fois qu'elles sont compatibles avec l'affectation de celui-ci.

Second texte

Art. 5 - Le titulaire d'une autorisation d'occupation d'une dépendance du domaine public a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages constructions et installations qu'il réalise pour l'exercice de l'activité autorisée par le titre.

Ce droit confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation, les prérogatives et obligations du propriétaire.

Exposé des motifs : De ce que les biens du domaine public sont inaliénables, on déduit parfois – trop vite – la proposition qu'aucun droit de propriété ne peut être reconnu à l'investisseur privé sur les équipements qu'il finance et réalise sur le domaine, en application de l'autorisation d'occupation domaniale qui lui a été consentie ; il en résulte que cet investisseur ne peut donner aucune garantie réelle pour le financement des équipements en cause ni recourir au crédit-bail. On retrouve ici la proposition – abusive – que la domanialité publique impliquerait l'interdiction des droits réels même compatibles avec l'affectation, mais « aggravée », si l'on peut dire, par le fait que cette prohibition est mécaniquement étendue du domaine public lui-même aux installations de l'occupant, implantées certes sur le domaine, mais financées, réalisées et exploitées par lui.

C'est cette conception – erronée – de la propriété et de la domanialité publique étendues nécessairement aux installations de l'occupant autorisé qui est à l'origine des lois de 1988 et 1994 consacrant, dans des hypothèses limitatives, la possibilité de droits réels, la première pour certaines occupations du domaine public local, la seconde pour certaines occupations du domaine public de l'Etat et de ses établissements publics (loi du 5 janvier 1988, art. 13, reprise aux articles L 1311- 2 et s. du C.G.C.T. ; loi du 25 juillet 1994 avec ses deux décrets des 6 mai 1995 et 2 décembre 1996, dispositif repris aux articles L 34-1 et s. et R 57-1 et s. du code du domaine de l'Etat). Il y a à l'origine de ces textes une confusion sur l'état du droit. La loi de 1988 et la loi de 1994 partent de la conviction que *« l'occupation ou l'utilisation par des personnes privées de dépendances du domaine public ne confère pas à ces dernières de droit réel… »* (loi de 1988) ou encore que *« l'inaliénabilité du domaine public interdisait de reconnaître aux occupants domaniaux des droits réels sur celui-ci et notamment la propriété des constructions qu'ils y édifient »* (loi de 1994, exposé des motifs). Or cela était et reste inexact, comme le rappelait déjà le rapporteur de la loi de 1988 au Sénat: *« la jurisprudence admet pour la durée du titre le droit de propriété de certains occupants sur les installations qu'ils réalisent ».* Du même coup, les lois de 1988 et 1994 (avec les extension réalisées par les lois du 29 août et 9 septembre 2002 et l'ordonnance du 4 septembre 2003), se présentant comme des dérogations à un principe négatif qui n'existe pas, ont trop souvent été comprises, par une sorte d'*a contrario*, comme posant implicitement ce principe qui déduirait de l'inaliénabilité l'impossibilité de reconnaître à l'occupant la propriété de ses installations

Or le principe en réalité est inverse ; et il est constant dans la jurisprudence. Au-delà des confusions et erreurs de présentation qu'on vient de dire, la règle a toujours été que l'occupant autorisé a, pour la durée du titre et dans les conditions de celui-ci, un droit réel sur les constructions et installations qu'il réalise sur le domaine qu'il occupe. Il est donc proposé de rappeler ce principe, principe commun à toutes les autorisations domaniales, qui peut cependant être écarté – de façon explicite – par le titre, lorsque cela s'impose. Ce qui conduirait d'autre part à la fusion des lois de 1988 et 1994, cette dernière conservée dans ses dispositions qui donnent le « mode d emploi » du droit réel attaché à l'occupation domaniale dans les différentes hypothèses de cession ou d'engagement de celui-ci ; cependant que le projet de texte ci-après reprend presqu'à la lettre les formules de l'article L 34-1 actuel du code du domaine de l'Etat, issu de la loi de 1994, pour leur donner une portée générale.

IV / FACILITER ET CLARIFIER LES TRANSFERTS DE GESTION ET LES TRANSFERTS DE PROPRIETE ENTRE PERSONNES POUBLIQUES

L'article L 35 du code du domaine de l'Etat est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes :

« - Pour les transferts de gestion des immeubles dépendant du domaine public de l'Etat dont la destination est modifiée, la remise en est autorisée dans les conditions fixées par décret en conseil d'Etat.

- L'Etat peut, sans transfert de propriété, modifier l'affectation de biens appartenant à une collectivité locale ou à un établissement public, à la condition d'établir l'intérêt public national justifiant ce changement d'affectation et sous réserve, le cas échéant, d'indemniser la collectivité locale ou l'établissement public concerné du préjudice que lui causerait ce changement d'affectation. Les conditions de mise en œuvre de cette procédure sont fixées par décret en conseil d'Etat.

- L'Etat peut aussi exproprier les biens du domaine public ou privé des collectivités locales ou des établissements publics, pour un motif d'intérêt public national et dans les conditions ordinaires du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ».

Exposé des motifs : Il faut réécrire la procédure des changements d'affectation – qui fonctionne mal actuellement – et en tenant compte de la jurisprudence du conseil constitutionnel qui affirme la propriété des collectivités et établissements publics sur leurs biens.

Le décret-loi du 5 juin 194O, toujours en vigueur et partiellement repris par l'actuel article L 35 du code du domaine de l'Etat, comme encore la construction doctrinale vieillie des mutations domaniales doivent laisser la place à un dispositif simple qui : 1 - permette les transferts de gestion au sein du patrimoine de l'Etat ; 2 – permette les transferts de gestion et d'affectation des biens propres des collectivité locales et établissements publics, avec ou sans transfert de propriété mais en réservant leur droit à indemnisation ; 3 – A cet égard, il n'y a que des avantages à rétablir la possibilité de l'expropriation (qui a été fréquente autrefois sur le domaine public), dès lors que l'appréciation de l'utilité publique que comporte cette dernière procédure a vocation à se substituer à l'affectation - dépassée – qui était jusque là protégée par la domanialité publique : ce qui rendait le bien inaliénable, c'était l'affectation : dès lors que celle-ci est « dépassée » par une affectation nouvelle prioritaire, dûment constatée, il n'y a pas de raison d'opposer la domanialité publique.

V / AMENAGER LES DECLASSEMENTS PREALABLES A LA CESSION D'IMMEUBLES DU DOMAINE PUBLIC

- - Sauf disposition spéciale contraire, l'aliénation d'un bien du domaine public n'est possible qu'après déclassement de ce bien prononcé conjointement par l'autorité propriétaire ou gestionnaire du domaine qui vérifie que l'affectation du bien a cessé.
- - Lorsque cette affectation ne peut cesser que progressivement, en raison des nécessités du service public en cause, l'acte de déclassement indique, à titre de condition résolutoire, le délai dans lequel cette désaffectation sera acquise. L'acte de vente peut comporter la même clause, emportant résolution de la vente au cas où la désaffectation n'est pas intervenue dans le délai indiqué.

Exposé des motifs **:** En l'état actuel du droit, et sauf dispositions spéciales, un bien qui fait partie du domaine public ne peut être soustrait au régime correspondant que si, d'une part, il n'est plus utile à l'affectation du domaine et, d'autre part, il a fait l'objet d'un acte explicite de déclassement de la part de l'autorité propriétaire ou gestionnaire du domaine. La soustraction d'un bien au régime de la domanialité publique suppose la conjonction d'une condition de fond, la désaffectation, et d'une condition de procédure, l'acte de déclassement. Bien plus, pour permettre l'aliénation d'un bien devenu inutile à l'administration, la désaffectation doit précéder l'acte de déclassement qui la constate.

Cela ne fait pas particulièrement de difficulté lorsque l'affectation a depuis longtemps cessé en fait. Mais les difficultés sont réelles – et presque insurmontables – lorsque la désaffectation est contemporaine de la vente que doit permettre le déclassement : cas par exemple de la vente d'un ensemble hospitalier, alors que le transfert des activités hospitalières sur un autre site doit se prolonger dans le temps ; cas de la vente de terrains incluant des éléments de voirie, dans la perspective d'une restructuration et d'un déplacement de celle-ci, mais qui ne se feront précisément qu'au rythme des travaux menés par l'acquéreur ; etc.

Si l'état du droit peut être jugé insatisfaisant et, pour tout dire, excessivement rigide dans les hypothèses qu'on vient de dire, il ne peut être question d'écarter – sauf texte spécial – le principe d'un déclassement formel, seul propre à éviter des « sorties » clandestines du domaine public qui résulteraient de la seule désaffectation des biens. Mais on peut souhaiter, pour la bonne fin des aliénations décidées par les propriétaires publics, aménager le droit des déclassements. La formule la plus appropriée paraît être de permettre le déclassement en cours de désaffectation du bien et avec la condition résolutoire (donc aussi de la vente) d'une désaffectation effective.

Cela n'est pas possible par la seule voie conventionnelle, la condition de la désaffectation apparaissant comme une condition potestative illégale dans un contrat de vente si elle n'est pas fondée dans la loi ; en revanche la loi peut ouvrir cette faculté aux parties ; d'où le texte proposé.