



CHAIRE
DES DROIT
DES CONTRATS
PUBLICS

LE STATUT DES BIENS

DANS LES CONTRATS PUBLICS

Sous la direction de :
C. Chamard-Heim et F. Lichère

RAPPORT
JUILLET
2025



Sous la direction de :

C. Chamard-Heim et F. Lichère

Equipe de recherche :

C. Bernard, A. Lassale, R. Le Moing, A. Meynier Pozzi et F. Yéo

Ce rapport a été rédigé par le directeur et les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon 3 grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu aux interviews et de celles ayant répondu au questionnaire en ligne.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire. Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

Le rapport est également disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>.

Présentation de la Chaire de droit des contrats publics

L'objet de la Chaire est de mettre en place un réseau associant acheteurs et autorités concédantes, entreprises cocontractantes, institutions publiques intéressées (MINEFI, juridictions administratives) et universitaires spécialistes, dans le but de mieux comprendre les applications des règles juridiques relatives aux contrats publics et de mieux les adapter.

La chaire contribue ainsi à la réflexion et aux débats nécessaires à la mise au point de règles contractuelles, textuelles et jurisprudentielles mieux adaptées aux personnes publiques et aux entreprises, en prenant en compte les différents intérêts en jeu dans un contexte économique et technologique évolutifs (nouvelles technologies de l'information, européanisation, mondialisation, retour du protectionnisme etc.).

Présentation de la Chaire de droit des contrats publics

Répartition et traitement des risques dans la commande publique, 2024

Digitalisation de la commande publique, 2023

Modification des contrats de la commande publique, 2023

Environnementalisation des marchés publics, 2022

Prévention de la corruption et contrats publics, 2022

Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics, 2021

Crise sanitaire et contrats publics, 2021

Chroniques

L'Essentiel du droit de la commande publique dans la Newsletter

Chronique semestrielle de jurisprudence de droit européen comparé des contrats publics, BJCP

Pour suivre les activités de la Chaire en ligne

Site internet

<https://chairedcp.univ-lyon3.fr>

LinkedIn

<https://www.linkedin.com/company/chairedcp/>



□

LE STATUT DES BIENS

DANS LES CONTRATS PUBLICS

□

Sous la direction de :
C. Chamard-Heim et F. Lichère

RAPPORT
JUILLET
2025

**SOUS LA DIRECTION DES PR. CAROLINE
CHAMARD-HEIM ET FRANÇOIS LICHÈRE**

AVEC LES CONTRIBUTIONS DE CÉDRIC BERNARD
ET FIKAHIN YÉO, CHERCHEURS À LA CHAIRE DE
DROIT DES CONTRATS PUBLICS

* * * * *

Ce rapport a été codirigé par le directeur François Lichère, professeur agrégé de droit public, et Caroline Chamard-Heim, professeure agrégée de droit public, membre du comité scientifique de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin – Lyon 3.

Ce rapport a été rédigé par les chercheurs de la Chaire et approuvé par le comité scientifique, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire et des participants aux enquêtes de terrain.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire.

Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

* * * * *

Date : Juillet 2025.

L'ensemble des photographies du rapport proviennent de : Adobe Stock, 2025.

REMERCIEMENTS

Le présent rapport est le fruit d'une étude conduite au cours de l'année universitaire 2024-2025 par la Chaire de droit des contrats publics auprès de 27 acteurs du droit des contrats publics lors d'entretiens, et de 83 grâce à des sondages en ligne.

À ce titre, les participants aux 27 entretiens semi-directifs sont vivement remerciés pour leur disponibilité et la richesse des renseignements qu'ils ont pu nous délivrer. Les juristes ayant participé au questionnaire en ligne sont également chaleureusement remerciés, tant ceux qui se sont spontanément proposés que ceux qui ont été sollicités par l'entremise de nos partenaires et correspondants.

Nous remercions en particulier la section « Droit public » de l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE) de nous avoir permis d'effectuer un webinaire en mars 2025 sur le sujet du présent rapport et pour sa promotion des sondages en ligne auprès de ses adhérents.

Les partenaires financiers de la Chaire doivent également être remerciés puisqu'ils permettent, notamment, le financement des chercheurs postdoctoraux qui ont réalisé cette étude.

Nous remercions par ailleurs l'IAE Paris et particulièrement le Professeur Stéphane SAUSSIER, ainsi que l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et spécialement la Professeure Héléne HOEPPFNER d'avoir organisé avec nous une réunion présentant l'avancement des recherches pour le présent rapport en janvier 2025, et un séminaire de discussion en avril 2025 autour de notre projet de recommandations, ainsi que toutes les personnes y ayant participé.

SOMMAIRE

SYNTHÈSE DU RAPPORT 14

Introduction.....	14
Méthodologie de l'étude.....	15
Enquête qualitative : 27 entretiens	15
Enquête quantitative : 83 participations aux sondages	16
Synthèse générale des résultats	18
Les recommandations liées à l'identification de la nature et de la propriété des biens publics.....	19
Les recommandations liées à l'utilisation des biens publics dans le cadre de l'exécution des contrats publics	20
Les recommandations liées au régime de protection des biens publics ayant des répercussions sur les contrats publics.....	22
Présentation du plan du rapport.....	23

PARTIE 1 : ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE 28

INTRODUCTION..... 28

SECTION 1 : LES EFFETS DES CONTRATS PUBLICS SUR L'IDENTIFICATION DE LA NATURE ET DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS 33

§I. Le transfert de propriété dans les marchés publics.....	33
A. L'admission de la fourniture livrée	33
B. La réception d'un ouvrage.....	35
§II. La répartition des biens dans les concessions de service public.....	37
A. La distinction entre biens de retour, biens de reprises et biens propres	37
B. L'extension de la notion de biens de retour par la jurisprudence	45
1. Les conséquences de la décision Vallée de l'Ubaye sur les biens apportés par le concessionnaire	45
2. Les conséquences de la décision Société électricité de Tahiti sur les provisions pour renouvellement.....	50
C. L'hypothèse de l'élargissement de la théorie des biens de retour aux autres contrats publics	52
§III. L'appréhension des biens dans les conventions domaniales.....	54
A. Les biens de l'occupant et du sous-occupant.....	54

B. Le sort de la propriété d'un bien lors d'une succession d'occupations	56
§IV. Le cas spécifique de la propriété intellectuelle des biens meubles.....	57
SECTION 2 : LES EFFETS DES CONTRATS PUBLICS SUR L'UTILISATION DES BIENS	60
§I. L'utilisation des biens dans les contrats de la commande publique	60
A. Les règles communes aux contrats de la commande publique	60
1. Les obligations liées à la garde, à la mise à disposition et à la réception partielle de l'ouvrage	61
2. L'octroi de sous-contrats liés aux biens	66
B. Les problématiques spécifiques aux contrats de concession et aux marchés de partenariat	68
1. Le paiement des charges fiscales	69
2. L'entretien et la maintenance des équipements et des ouvrages.....	71
§ II. L'utilisation des biens dans les conventions domaniales	74
A. Les droits de l'occupant.....	74
1. Les droits de superficie	75
2. La constitution d'un fonds de commerce.....	75
3. L'octroi de sous-concessions domaniales	77
B. Les obligations de l'occupant.....	80
1. Le paiement des charges fiscales	80
2. L'entretien des biens occupés	81
3. L'obligation d'agrément et de publicité et de mise en concurrence en cas de cession de contrat.....	83
4. La remise en état du terrain en fin de concession.....	87
SECTION 3 : LES EFFETS DES CONTRATS PUBLICS SUR LA PROTECTION DES BIENS PUBLICS	88
§I. La conciliation des contrats publics avec les impératifs de protection des biens publics.....	88
A. Les conséquences du régime de protection des biens publics sur les contrats publics.....	88
B. Le dépassement des obstacles liés à la protection des biens publics.....	93
1. La constitution de droits réels	94
a. Les occupations avec constitution de droits réels.....	95
b. La fiducie	110
2. La constitution de sûretés réelles.....	113
a. L'hypothèque pour les personnes publiques dans les occupations domaniales constitutives de droits réels	115

b. Le crédit-bail	116
3. Les voies administratives d'exécution.....	118
§II. L'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités à des personnes privées et le statut des biens dans les contrats publics	121
A. L'application de l'interdiction aux contrats d'occupation.....	122
B. L'application de l'interdiction aux indemnisations de fin de contrat dans la commande publique.....	125

PARTIE 2 : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES 136

INTRODUCTION.....136

§I. La présentation de l'enquête qualitative.....	136
§II. La présentation de l'enquête quantitative	138
§III. L'appréhension générale des praticiens	140
A. La typologie des contrats publics et des biens rencontrés en pratique	141
1. Le panorama des contrats publics mobilisés en pratique.....	141
2. Le panorama des biens supports ou objets des contrats publics.....	145
B. Les principales problématiques rencontrées en pratique	148

SECTION 1 : L'IDENTIFICATION DE LA NATURE ET DE LA PROPRIÉTÉ D'UN BIEN DANS LE CADRE DES CONTRATS PUBLICS156

§I. Les difficultés liées à l'identification de la nature et de la propriété d'un bien	157
A. Les biens immobiliers	157
B. Les biens mobiliers.....	162
C. Le cas particulier de la propriété intellectuelle.....	164
§II. L'utilité de la contractualisation du statut des biens	169
A. Le renforcement du financement des projets et de la prévisibilité du sort des biens	169
B. La prise en compte de la commune intention des parties	175
§III. Les difficultés liées à l'application de la théorie des biens de retour	176
A. L'identification des biens de retour, des biens de reprises et des biens propres	177
B. La qualification de biens de retour de certains biens acquis avant le contrat	184
C. La qualification de biens de retour des provisions pour renouvellement.....	186
D. L'indemnisation des biens de retour et des biens de reprise	190
E. L'extension de la théorie des biens de retour	191
F. Le sort des biens lors de la reprise en régie d'un service public.....	194

§IV. Les difficultés liées à l’occupation ou la sous-occupation domaniale	196
SECTION 2 : L’UTILISATION DES BIENS DANS LES CONTRATS PUBLICS	202
§I. La conciliation des réglementations spéciales avec la domanialité publique et le droit des contrats publics.....	205
§II. Les difficultés liées à l’entretien et la maintenance	209
A. Les retours des interviewés	209
B. Les retours des sondés	213
§III. Les difficultés résultant de la réception partielle et de la réception avec ou sous réserve.....	215
A. La réception partielle	216
B. La réception avec ou sous réserve	219
§IV. Les difficultés liées à la garde de l’ouvrage, à la mise à disposition et au transfert de site	222
SECTION 3 : LA PROTECTION DES BIENS DANS LES CONTRATS PUBLICS	230
§I. Les difficultés liées à la domanialité publique	230
§II. Les difficultés liées à l’interdiction des libéralités	237
§III. Les difficultés liées aux sûretés réelles et aux droits réels	238
SECTION 4 : LES ATTENTES DES INTERVIEWÉS SUR LE STATUT DES BIENS DANS LES CONTRATS PUBLICS.....	245
PARTIE 3 : PROPOSITION DE RECOMMANDATIONS	254
INTRODUCTION.....	254
SECTION 1 : LES RECOMMANDATIONS LIÉES À L’IDENTIFICATION DE LA NATURE ET DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS PUBLICS	259
Axe n° 1 : Améliorer l’identification de la propriété des biens publics.....	259
Recommandation n° 1 : La formation des agents publics et élus au droit de la propriété intellectuelle.....	260
Recommandation n° 2 : L’établissement d’un formulaire DC d’inventaire des connaissances antérieures.....	262
Recommandation n° 3 : La confirmation du maintien du droit de propriété de l’occupant du domaine public sur les installations réalisées en cas de renouvellement de son titre dans les conventions d’occupation du domaine public	263
Axe n° 2 : Simplifier l’identification de la nature des biens publics.....	265

Recommandation n° 4 : L'obligation faite aux personnes publiques de déterminer le régime domanial du bien avant la conclusion de tout acte de gestion ou de disposition	265
Recommandation n° 5 : La création d'une plateforme numérique de recensement des actes de déclassement des biens du domaine public.....	266
Recommandation n° 6 : La pratique prudentielle de l'appartenance au domaine public du bien d'une personne publique	267
Axe n° 3 : Recentrer la théorie des biens de retour sur le principe de continuité du service public	268
Recommandation n° 7 : La réduction de la qualification des biens de retour et de reprise des concessions et exigence d'une déclaration d'apport des biens propres au concessionnaire	269
Recommandation n° 8 : L'extension de la théorie des biens de retour aux marchés confiant la gestion d'une mission de service public.....	277
Recommandation n° 9 : L'exclusion des provisions pour renouvellement de la catégorie des biens de retour	285
SECTION 2 : LES RECOMMANDATIONS LIÉES À L'UTILISATION DES BIENS PUBLICS DANS LE CADRE DE L'EXÉCUTION DES CONTRATS PUBLICS	286
Axe n° 4 : Renforcer la concurrence dans l'attribution des conventions domaniales à caractère économique afin de réduire les risques d'incompatibilité du droit français avec le droit européen	286
Recommandation n° 10 : La généralisation de l'obligation de publicité et de mise en concurrence dans l'attribution des conventions d'occupation des biens du domaine privé rares et présentant un intérêt économique transfrontalier	286
Axe 5 : Clarifier les obligations d'entretien et de maintenance des biens publics dans les contrats de la commande publique	290
Recommandation n° 11 : La définition contractuelle des notions d'entretien normal et d'infrastructure en bon état.....	291
Recommandation n° 12 : Le renforcement du contrôle régulier de l'état d'entretien des biens utilisés dans les contrats publics	293
Axe 6 : Assurer la continuité et le bon fonctionnement du service public en cas de fin anticipée du contrat ou de reprise en régie du service	294
Recommandation n° 13 : La codification de la décision du Conseil d'État Commune de Propriano dans le Code de la commande publique.....	295
SECTION 3 : LES RECOMMANDATIONS LIÉES AU RÉGIME DE PROTECTION DES BIENS PUBLICS AYANT DES RÉPERCUSSIONS SUR LES CONTRATS PUBLICS.....	297
Axe n° 7 : Concilier le principe d'insaisissabilité des biens publics avec les nécessités résultant du financement des projets publics	297

Recommandation n° 14 : La précision dans le Code général de la propriété des personnes publiques des tempéraments au principe d'insaisissabilité.....	298
Recommandation n° 15 : La reconnaissance de la fiducie-sûreté à titre accessoire de contrats publics.....	302
Axe n° 8 : Prévenir les libéralités consenties par les personnes publiques	303
Recommandation n° 16 : Le renforcement de l'expertise de l'organisme en charge des Domaines.....	304
Recommandation n° 17 : Préciser dans le CGCT la mise à disposition gratuite des locaux communaux à des associations culturelles.....	306
BIBLIOGRAPHIE.....	312

LISTE DES FIGURES

Figure 0.01	Dates des entretiens
Figure 1.01	Tableau synthétique sur les conventions constitutives de droits réels
Figure 1.02	Schéma d'un contrat de fiducie
Figure 1.03	Schéma d'un contrat de crédit-bail
Figure 2.01	Dates des entretiens
Figure 2.02	Profil des interviewés
Figure 2.03	Profil des interviewés
Figure 2.04	Panorama des contrats rencontrés par les praticiens interviewés
Figure 2.05	Panorama général des contrats rencontrés par les praticiens sondés
Figure 2.06	Panorama des contrats selon la qualité des sondés
Figure 2.07	Panorama des principaux biens rencontrés par les praticiens interviewés
Figure 2.08	Panorama des principaux biens rencontrés par les praticiens sondés
Figure 2.09	Attentes des sondés en matière de statut des biens dans les contrats publics

SYNTHÈSE
DU RAPPORT

Aperçu général du rapport sur le statut des biens
dans les contrats publics



SYNTHÈSE DU RAPPORT

Introduction

Focus sur les biens. Pour son huitième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur le statut des biens dans les contrats publics. Biens et contrats sont essentiellement liés. En effet, un contrat ne saurait exister en l'absence de tout bien, qu'il en soit le support (permettant la concrétisation des obligations contractuelles)¹ ou l'objet (la finalité du contrat)². Par ailleurs, la gestion domaniale des personnes publiques peut nécessiter la mobilisation de l'outil contractuel pour l'acquisition d'un bien, sa conception, son entretien, son évolution ou encore sa valorisation.

Questionnements. Cette thématique soulève de nombreuses interrogations dont la principale tient aux effets produits par les contrats publics sur le statut des biens et leur régime. La recherche entend déterminer si les contrats publics peuvent influencer, voire encadrer, le statut des biens qui en sont l'objet ou le support de l'exécution contractuelle, notamment pour atténuer certains principes juridiques tenant à la propriété publique (à l'image de la théorie des biens de retour, de l'insaisissabilité des biens publics ou de l'indisponibilité du domaine public). En somme, le contrat est-il un outil d'optimisation de la propriété des personnes publiques ?

À l'inverse, se pose la question de l'influence du statut et du régime des biens publics sur la stratégie contractuelle des personnes publiques, notamment au regard des contraintes

¹ Tel est le cas, par exemple, du matériel d'entretien pour assurer les obligations d'entretien et de maintenance, du matériel de chantier et des matériaux dans le cadre d'un marché de construction, ou encore d'une base de données d'utilisateur pour la gestion d'un service public.

² Le bien fait alors l'objet d'une réception ou d'une livraison afin d'acter le transfert de propriété. À titre d'illustration, sont des biens objet : un terminal d'aéroport dans le cadre d'un marché de construction d'une extension aéroportuaire, un ordinateur dans le cadre d'un marché de fourniture électronique, ou encore un brevet spécifique dans le cadre d'un marché de partenariat d'innovation ou d'un marché de prestation intellectuelle.

pesant sur les biens relevant du domaine public et des besoins de financement des projets publics. Dans le même sens, la question du changement du statut du bien en cours d'exécution du contrat emporte-t-il des conséquences sur la nature du contrat ?

Attentes de l'étude. L'objectif de la recherche est de déterminer les effets des contrats publics sur l'identification de la nature et de la propriété d'un bien public, immobilier ou mobilier (corporel ou incorporel), sur son utilisation en cours d'exécution contractuelle et sur son régime de protection découlant du Code général de la propriété des personnes publiques. À cette occasion, l'attention sera portée notamment sur la propriété intellectuelle, la théorie des biens de retour, le déclassement des biens relevant du domaine public, les modalités de réception d'un bien en vue du transfert de propriété, l'entretien et la maintenance des biens, ou encore la constitution de droits réels ou de sûretés réelles.

Méthodologie de l'étude

Enquêtes. Classiquement, les présents travaux de recherche ont mobilisé les mêmes méthodes de sociologie juridique que lors des précédents rapports³. Ainsi, après une étude doctrinale, ont été successivement conduites une enquête qualitative puis une enquête quantitative auprès d'acteurs du droit des contrats publics interrogés sur des thématiques similaires.

Enquête qualitative : 27 entretiens

Panel des interviewés. Cette synthèse recense l'ensemble des données relatives au retour d'expériences sur le statut des biens dans les contrats publics (marchés, concessions et conventions d'occupation temporaire) récoltées auprès de 10 avocats, de 2 études notariales et de 6 experts spécialisés dans le domaine, ainsi que des services juridiques de 5 autorités contractantes et de 4 opérateurs économiques, tous interviewés entre décembre 2024 et janvier 2025.

³ Pour retrouver l'ensemble des rapports thématiques publiés par la Chaire de droit des contrats publics, consultez la page dédiée du site internet officiel de la Chaire : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapports-thematiques>.

Figure 0.01 : Dates des entretiens⁴

	AC 1	AC 2	AV 1	NOT 1	AV 2	AC 3	AV 3
Date de l'entretien	04/12	04/12	06/12	06/12	10/12	10/12	10/12
	OE 1	OE 2	AV 4	EXP 1	AV 5	AV 6	AV 7
Date de l'entretien	11/12	11/12	11/12	12/12	12/12	12/12	13/12
	AC 4	OE 3	AC 5	AV 8	EXP 2	AV 9	AV 10
Date de l'entretien	13/12	16/12	16/12	18/12	18/12	19/12	19/12
	OE 4	NOT 2	EXP 3	EXP 4	EXP 5	EXP 6	
Date de l'entretien	19/12	20/12	20/12	06/01	07/01	07/01	

Modalités. Les entretiens ont été menés à l'appui de deux guides d'entretien établis en novembre 2024 par la Chaire en prenant soin que la discussion soit la plus libre possible : l'un pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques, l'autre pour les avocats, les notaires et les experts. Ceux-ci comprenaient par moment des questions spécifiques en fonction de la qualité de l'interviewé. Cette différence de traitement justifiée par la particularité de certains participants n'est *a priori* pas de nature à engendrer un quelconque biais susceptible de fausser les résultats de l'enquête qualitative.

À l'exception d'un entretien en présentiel, l'ensemble des entretiens a été mené par visioconférence privée à l'aide du logiciel Microsoft Teams©. Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l'anonymat des interviewés. Les entretiens n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites.

Enquête quantitative : 83 participations aux sondages

Présentation des sondages. Dans la continuité de cette enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée en ligne avec un formulaire unique à destination des autorités contractantes, des opérateurs économiques, des avocats et des notaires. L'objectif était de vérifier auprès d'un panel plus large de participants les résultats obtenus lors des entretiens. Les

⁴ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique.

sondages étaient accessibles du 3 au 28 mars 2025 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers⁵.

Sur les 83 participants aux sondages, 40 ont indiqué répondre en tant qu'autorité contractante, 21 en tant qu'opérateur économique, 20 en qualité d'avocat et 2 de notaire. Cependant, puisque certaines participations ne sont pas exploitables en raison soit d'une absence de réponse sur le fond de l'enquête⁶, soit d'une non-conformité au champ d'études⁷, l'échantillon de données repose sur 32 formulaires d'autorités contractantes, 17 d'opérateurs économiques, 15 d'avocats et 2 de notaires, soit 66 participants⁸.

Modalités. Les sondages étaient accessibles du 3 au 28 mars 2025 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers. Les questions du sondage s'adaptaient aux réponses des enquêtés (en particulier en fonction de la nature de leur organisme et des contrats rencontrés dans leur pratique). Le sondage était structuré en cinq parties. La première consistait à déterminer le profil du sondé. La deuxième avait pour objet de recenser les retours d'expériences des participants sur l'identification des biens dans les contrats publics. Cette partie comportait, notamment, des sections sur la contractualisation du statut des biens, la théorie des biens de retour ou encore la propriété intellectuelle. La troisième partie du sondage s'intéressait à l'utilisation des biens dans les contrats publics, en particulier l'entretien et la maintenance, la réception partielle, la réception avec ou sous réserve, ou encore la garde d'un ouvrage ou des travaux. La quatrième partie cherchait à identifier les difficultés rencontrées dans les contrats publics relatives au régime de protection des biens publics. Enfin, la cinquième partie entendait dresser un panorama des attentes juridiques et opérationnelles des sondés quant au statut des biens dans les contrats publics.

⁵ La Chaire remercie notamment l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE, Section de droit public) pour la promotion de l'enquête quantitative auprès de ses adhérents à l'issue du webinar sur le statut des biens dans les contrats publics, organisé par elle avec la participation de la Chaire.

⁶ Précisément, 7 participants se sont limités à compléter les informations relatives au profil de l'enquêté.

⁷ Trois participations s'avèrent provenir de structures étrangères n'appliquant pas les règles des droits français et européens.

⁸ Il convient de préciser que les répondants ont pu choisir les thématiques qu'ils souhaitaient traiter dans le cadre de l'enquête quantitative.

Synthèse générale des résultats

Principaux constats. Les recherches juridiques et doctrinales, ainsi que les enquêtes qualitatives et quantitatives, menées de décembre 2024 à mars 2025, permettent de dresser plusieurs constats, notamment :

- Des difficultés d'identification du statut d'un bien public, notamment en l'absence de registre à jour des actes de déclassement d'un bien relevant du domaine public ;
- Des problèmes d'identification du propriétaire, notamment en cas de revendications croisées entre personnes publiques ou de refus de reprise des biens par la personne publique en cas de succession d'occupants du domaine public ;
- Une faible maîtrise du droit de la propriété intellectuelle par les juristes de la commande publique avec une tendance excessive à exiger la pleine propriété intellectuelle au lieu d'une simple cession des droits d'usage ;
- Des difficultés d'identification des biens de retour, des biens de reprise et des biens propres en raison de l'imprécision du critère de qualification d'un bien de retour résultant de son caractère nécessaire au fonctionnement du service public ;
- Des difficultés pour respecter les obligations d'entretien et de maintenance en raison de l'imprécision des notions de bon entretien ou encore d'entretien normal ;
- Des défaillances dans le contrôle effectif des obligations d'entretien et de maintenance en cours d'exécution contractuelle ;
- Des divergences d'interprétation sur l'obligation de publicité et de mise en concurrence pour les titres d'occupation à caractère économique des biens relevant du domaine privé des personnes publiques ;
- Un besoin de clarification pour garantir la sécurité juridique des titres d'occupation délivrés ;
- Une volonté de clarifier le principe d'insaisissabilité pour faciliter les financements des projets publics, préciser les voies d'exécution administratives et reconnaître des montages comme la fiducie-sûreté.

Ainsi, la Chaire de droit des contrats publics propose 17 recommandations pour améliorer l'identification de la nature et de la propriété des biens publics et leur utilisation dans le cadre de l'exécution de contrats publics, ainsi que pour concilier le régime de protection des biens publics aux contrats publics.

Les recommandations liées à l'identification de la nature et de la propriété des biens publics

Propriété intellectuelle. En ce qui concerne les biens incorporels, la formation des agents publics et des élus au droit de la propriété intellectuelle s'avère nécessaire pour éviter les appropriations publiques excessives (**Rec. 1**). Il en va de même pour l'établissement d'un formulaire DC d'inventaire des connaissances antérieures, en matière de propriété intellectuelle (**Rec. 2**).

Succession d'occupations. En matière de biens corporels, la confirmation du maintien du droit de propriété de l'occupant du domaine public sur les installations en cas de renouvellement de son titre (**Rec. 3**) est vivement conseillée.

Faciliter l'identification du régime domanial. L'identification de la nature d'un bien appartenant à une personne publique constitue un enjeu majeur pour les personnes publiques et leurs cocontractants. Pour œuvrer à une meilleure identification du régime domanial des biens, la chaire recommande de mettre à la charge des personnes publiques propriétaires le soin de déterminer le régime domanial du bien avant la conclusion de chaque contrat de gestion ou de mise à disposition (**Rec. 4**). La création d'une plateforme numérique recensant les actes de déclassement des biens du domaine public (**Rec. 5**) serait également opportune pour faciliter l'identification du régime domanial applicable.

Règle pratique prudentielle. Par ailleurs, le défaut de connaissance des personnes publiques sur la nature du bien et les procédures de sortie du bien du domaine public est souvent à l'origine de la conclusion de contrats incompatibles avec le domaine public, à l'instar des baux commerciaux. C'est pourquoi, pour prévenir les risques sur la sécurité juridique qu'emporte la conclusion de tels contrats, la Chaire préconise, en cas de doute et à titre de règle pratique prudentielle, de considérer qu'un bien appartenant à une personne publique fait partie du domaine public (**Rec. 6**). L'absence d'un acte formel de déclassement devrait amener les autorités contractantes et leurs conseils à plus de prudence pour éviter toute insécurité juridique quant aux montages contractuels mis en œuvre.

Clarifier et étendre la théorie des biens de retour. L'application de la théorie des biens de retour dans les concessions a été au centre de nombreuses critiques de la part des praticiens dans le cadre des enquêtes de terrain. Les principaux points d'attention, pour eux,

concernent les notions mêmes de biens de retour, de reprise et propres, et l'identification de certains d'entre eux, en particulier les provisions pour renouvellement au regard de la décision du Conseil d'État, *Société électricité de Tahiti*⁹. Ainsi, face au constat d'un déliement de la théorie des biens de retour avec le principe de continuité du service public, il est proposé de réduire la qualification des biens de retour et de reprise en révisant le Code de la commande publique et de préciser les biens propres au concessionnaire dans une déclaration d'apport (**Rec. 7**). Par ailleurs, malgré la position mitigée des enquêtés sur cette question, la Chaire est d'avis de suivre la proposition de la doctrine¹⁰ d'étendre la théorie des biens de retour aux marchés publics et marchés de partenariat confiant une mission de service public à un titulaire (**Rec. 8**). En outre, pour éviter les interprétations extensives de la décision du Conseil d'État, *Société électricité de Tahiti* (précitée), les provisions pour renouvellement, en tant qu'écriture comptable, devraient être exclues de la qualification des biens de retour (**Rec. 9**).

Les recommandations liées à l'utilisation des biens publics dans le cadre de l'exécution des contrats publics

Mise en concurrence des occupations domaniales. L'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence dans l'attribution des conventions domaniales à caractère économique des biens relevant du domaine privé des personnes publiques emporte un risque non négligeable d'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne. La Chaire estime opportun, sans que cela conduise à une modification législative, de préconiser une extension des mesures de publicité et de mise en concurrence des occupations des biens du domaine privé dont la rareté est admise et qui revêtent un intérêt transfrontalier avéré (**Rec. 10**) en vertu de l'article 12 de la directive services et de l'article 49 du TFUE. Cette précaution est d'autant plus nécessaire que le Gouvernement a récemment indiqué qu'aucune réforme législative n'étant envisagée à l'heure actuelle sur ce point¹¹.

Entretien et maintenance. La clarification des obligations d'entretien et de maintenance des biens publics utilisés dans les contrats publics nécessite de donner un contenu

⁹ CE, 18 octobre 2018, n° 420097. Voir également : Christophe ROUX, « Le retour des provisions : première application de la jurisprudence Électricité de Tahiti », *JCP A*, n° 42, 2019, 2286.

¹⁰ Quentin ALLIEZ, « L'extension de la jurisprudence Commune de Douai aux contrats de service du code de la commande publique », *AJDA*, 2024, p. 708 ; Hélène HOEPPFNER, « La théorie des biens de retour en dehors des concessions de service public », *AJDA*, 2022, p. 2291 ; Jean-François LAFAIX, « Les biens de retour », *RFDA*, 2020, p. 937.

¹¹ Ministère de l'économie et des finances, Réponse ministérielle n° 2121, *JO Sénat*, 19 juin 2025, p. 3474.

sémantique aux notions d'entretien normal et d'infrastructure en bon état (**Rec. 11**), et d'instaurer un contrôle régulier de l'état d'entretien de ces biens (**Rec. 12**). À ce titre, la Chaire propose d'étendre la conception du « *bon état* » retenue par l'Autorité des régulations des transports à l'ensemble des biens de retour¹². Dès lors, la notion d'entretien normal pourrait se comprendre comme l'ensemble des opérations de maintien en état et de réparation d'un bien en vue de garantir son exploitation dans des conditions optimales. Cet entretien normal devrait s'appréhender au regard de critères (en fonction du bien, de la durée du contrat et de l'état attendu en fin de contrat) provenant, par exemple, d'un guide idéalement être publié par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances (DAJ), la Direction de l'immobilier de l'État (DIE) ou la Direction générale des infrastructures, des transports et des mobilités (DGITM) en partenariat avec les autorités administratives indépendantes et les organisations professionnelles intéressées. Les critères retenus par les parties pour définir le bien en bon état en fin de contrat doivent tenir compte de l'usure normale du bien.

Reprise des contrats d'entretien. En cas de fin anticipée du contrat, la reprise en régie d'un service public nécessite, parfois, la reprise des contrats d'entretien et de maintenance des délégataires. Ceci assure la continuité du service public en attendant l'attribution de contrats similaires conformément aux dispositions du Code de la commande publique. D'ailleurs, la continuité du service public implique également la reprise des contrats de travail et des contrats de location. Les contrats signés avec les tiers devraient ainsi contenir des clauses de subrogation au profit des autorités délégantes. Les difficultés surviennent en cas de silence du contrat ou de refus du concessionnaire sortant de céder ces contrats dans la mesure où les sous-contrats deviennent caducs en cas de résiliation du contrat principal. La codification de la décision *Commune de Propriano*¹³ permettrait ainsi de prendre en compte l'ensemble des sous-contrats (contrats de location, de travail, d'entretien et de maintenance, etc.) (**Rec. 13**).

¹² Autorité des régulations des transports, *Rapport d'activité 2022 – Construire une régulation performante au service des usagers et de la mobilité*, Tome 2, La documentation française, 2023, p. 79, disponible à l'adresse suivante : https://www.autorite-transport.fr/wp-content/uploads/2023/06/0121-23_art-rapport-dactivite-2022-tome_2-bd.pdf.

¹³ CE, Sect., 19 déc. 2014, *Commune de Propriano*, n° 368294.

Les recommandations liées au régime de protection des biens publics ayant des répercussions sur les contrats publics

Tempéraments au principe d'insaisissabilité. Certains enquêtés ont témoigné de leur souhait d'une atténuation de la portée du principe d'insaisissabilité des biens publics en raison de l'impossibilité d'engager à l'encontre des personnes publiques débitrices défailtantes des procédures civiles de conservation ou d'exécution. Pourtant, en l'état du droit, ce principe est déjà atténué avec l'existence de voies d'exécution administratives et les dispositions du Code de justice administrative (art. L. 911-1 et suivants). Aussi est-il pertinent de codifier à droit constant dans le Code général de la propriété des personnes publiques ces tempéraments au principe d'insaisissabilité prévu à l'article L. 2311-1 dudit code (**Rec. 14**).

Fiducie-sûreté. Par ailleurs, pour faciliter les financements de projets publics dans le cas de marchés de partenariat, de contrats de concessions et de conventions d'occupation domaniale constitutives de droits réels, la reconnaissance explicite de la fiducie-sûreté apporterait des garanties de sécurité juridique aux cocontractants, tout en prévoyant l'agrément de la personne publique et la préservation de l'affectation de certains biens publics au service public (**Rec. 15**).

Prévenir les libéralités. Durant les enquêtes de terrain, rares sont les participants à s'être positionnés sur la prévention des libéralités dans les contrats de la commande publique et les conventions d'occupation domaniale. Certains d'entre eux ont, tout de même, confié des attentes relatives aux évaluations de la DIE sur les biens immobiliers des collectivités, de leurs groupements et de leurs établissements publics tant pour les cessions immobilières que pour les locations. Les avis de la DIE étant précieux pour appréhender les libéralités dans les situations de cession ou de location, une recommandation dédiée est proposée en ce sens (**Rec. 16**). Enfin, s'agissant de la mise à disposition de locaux communaux à des associations culturelles, la codification de la récente jurisprudence du Conseil d'État du 18 mars 2024, *Commune de Nice* (n° 471061) est recommandée pour concilier le régime de la mise à disposition avec le principe de neutralité religieuse des personnes publiques (**Rec. 17**).

Présentation du plan du rapport

Cadrage théorique. Tout d’abord, le cadre théorique et juridique du statut des biens dans les contrats publics (**Partie 1**) permettra de déterminer les effets des contrats publics sur l’identification de la nature et de la propriété d’un bien, sur l’utilisation des biens et sur la protection des biens publics. À cette occasion, seront notamment analysées les modalités de réception, la théorie des biens de retour, les conventions d’occupation temporaire du domaine public ou privé et le principe de l’interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités.

Synthèse des enquêtes. Par la suite, l’attention est portée sur les résultats des enquêtes de terrain menées par les chercheurs de la Chaire à travers 27 entretiens semi-directifs et 83 participations aux sondages en ligne auprès de professionnels du secteur en vue de recenser et d’analyser les retours d’expérience de la pratique (**Partie 2**).

Recommandations. C’est au regard à la fois des recherches doctrinales et des enquêtes de terrain que la Chaire peut, enfin, dresser une liste de 17 propositions de recommandations tant opérationnelles que juridiques en matière d’identification, d’utilisation et de protection des biens dans les contrats publics (**Partie 3**).

PARTIE 1 – ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

PARTIE 2 – SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES

PARTIE 3 – PROPOSITIONS DE RECOMMANDATIONS

Note : Des résumés d’étapes sont proposés à la fin de chaque section de la deuxième partie consacrée à la synthèse des entretiens et des sondages. Une synthèse des recommandations est également présentée ci-après.

SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS

Celles-ci sont détaillées en fin de rapport, aux pages 254 et suivantes.

Recommandation n° 1

Former les agents publics et élus à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle adaptées à leurs besoins et aux intérêts en présence.

Recommandation n° 2

Établir un formulaire DC listant les connaissances antérieures de l'opérateur économique afin d'éviter leur appropriation publique.

Recommandation n° 3

Confirmer la décision *Epis-Centre Nord* relative au maintien du droit de propriété de l'occupant du domaine public sur les installations réalisées en cas de renouvellement de son titre dans les conventions d'occupation du domaine public.

Recommandation n° 4

Obliger les personnes publiques à déterminer le régime domanial du bien avant la conclusion de tout acte de gestion ou de disposition.

Recommandation n° 5

Créer une plateforme numérique de recensement des actes de déclassement des biens du domaine public.

Recommandation n° 6

Considérer, à titre de règle pratique prudentielle, qu'un bien appartenant à une personne publique relève du domaine public en cas d'incertitude.

Recommandation n° 7

Réviser le Code de la commande publique pour réduire la qualification des biens de retour et des biens de reprises aux biens nécessaires à la continuité du service public, et ajouter une déclaration d'apport du concessionnaire pour identifier ses biens propres.

Recommandation n° 8

Réviser le Code de la commande publique pour étendre l'application de la théorie des biens de retour aux marchés publics de service public et aux marchés de partenariat.

Recommandation n° 9

Préciser l'application de la décision du Conseil d'État, du 18 octobre 2018, *Société électricité de Tahiti* (n° 420097) pour exclure les provisions pour renouvellement de la catégorie des biens de retour.

SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS

Celles-ci sont détaillées en fin de rapport, aux pages 254 et suivantes.

Recommandation n° 10

Préconiser l'organisation de procédures de publicité et de mise en concurrence pour l'attribution des autorisations d'occupation des biens du domaine privé dont la rareté est admise.

Recommandation n° 11

Inciter les parties à définir contractuellement les notions de bien en bon état et d'entretien normal en amont de l'exécution du contrat.

Recommandation n° 12

Inciter l'administration à contrôler périodiquement l'état des biens utilisés dans le cadre du contrat.

Recommandation n° 13

Codifier la décision du Conseil d'État *Commune de Propriano* relative à la possibilité offerte à l'autorité contractante de se substituer au délégataire sortant dans l'exécution des sous-contrats en cas de fin anticipée du contrat ou de reprise en régie du service public.

Recommandation n° 14

Préciser dans le Code général de la propriété des personnes publiques les atténuations au principe d'insaisissabilité à travers les voies d'exécution administratives.

Recommandation n° 15

Autoriser et encadrer explicitement la constitution de fiducie-sûreté, sous réserve d'un agrément préalable de la personne publique et de clauses préservant les exigences du service public, sur les dépendances domaniales occupées dans le cadre de l'exécution d'un marché de partenariat, d'une concession ou d'une convention d'occupation domaniale.

Recommandation n° 16

Tenir compte de l'évolution de la valeur économique d'un bien dans les avis de l'organisme en charge des Domaines et prévoir des comparatifs afin de renforcer son expertise. Inscrire dans le Code général des collectivités territoriales que, pour les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, la durée de validité de l'avis de cet organisme.

Recommandation n° 17

Codifier la jurisprudence du Conseil d'État du 18 mars 2024, *Commune de Nice* (n° 471061) sur la mise à disposition gratuite des locaux communaux à des associations culturelles sur le fondement de l'article L. 2144-3 du Code général des collectivités territoriales.



A yellow hard hat is positioned in the upper right corner of the frame. Below it, several rolls of blueprints are scattered on a grey, textured concrete surface. The blueprints show architectural drawings with lines and text, including the code 'PHY 033-J'.

PARTIE 1

ETAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

Présentation et analyse du cadre théorique et juridique
du statut des biens dans les contrats publics

PARTIE 1 : ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

INTRODUCTION

Biens et contrats. Biens et contrats sont essentiellement liés. En effet, un contrat ne saurait exister en l'absence de tout bien, qu'il en soit le support (permettant la concrétisation des obligations contractuelles)¹⁴ ou l'objet (la finalité du contrat)¹⁵. Par ailleurs, la gestion domaniale des personnes publiques peut nécessiter la mobilisation de l'outil contractuel pour l'acquisition d'un bien, sa conception, son entretien, son évolution ou encore sa valorisation.

Biens publics. Classiquement, les biens publics sont les biens immobiliers et les biens mobiliers (corporels ou incorporels) appartenant à des personnes publiques¹⁶. En fonction de leur importance pour l'intérêt général, notamment la préservation de la continuité des services publics, les biens publics relèvent soient du domaine public, soit du domaine privé de la personne publique :

« [...] les biens publics au plus haut potentiel d'intérêt général, c'est-à-dire ceux qui sont les plus essentiels à la vie en collectivité, seront soumis au régime le plus exorbitant, tandis que pour ceux qui entretiennent une moins grande proximité avec l'intérêt général, les

¹⁴ Tel est le cas, par exemple, du matériel d'entretien pour assurer les obligations d'entretien et de maintenance, du matériel de chantier et des matériaux dans le cadre d'un marché de construction, ou encore d'une base de données d'usager pour la gestion d'un service public.

¹⁵ Le bien fait alors l'objet d'une réception ou d'une livraison afin d'acter le transfert de propriété. À titre d'illustration, sont des biens objet : un terminal d'aéroport dans le cadre d'un marché de construction d'une extension aéroportuaire, un ordinateur dans le cadre d'un marché de fourniture électronique, ou encore un brevet spécifique dans le cadre d'un marché de partenariat d'innovation ou d'un marché de prestation intellectuelle.

¹⁶ Caroline CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, PUF, 2022, p. 175 et p. 179-195.

« règles exorbitantes pourront reculer au profit d'une soumission majoritaire au droit privé. »¹⁷

De ce fait, un bien public immobilier relève du domaine public d'une personne publique¹⁸ s'il est soit affecté à l'usage direct du public, soit affecté à un service public à condition de faire l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public¹⁹. Un tel bien ne pourra alors sortir de ce domaine qu'à la double condition d'avoir été désaffecté puis formellement déclassé²⁰. Les biens qui concourent à l'utilisation d'un bien immobilier appartenant au domaine public et en constituent un accessoire indissociable sont des biens du domaine public²¹. De même, le Code général de la propriété des personnes publiques dispose d'un domaine public maritime²², fluvial²³, routier²⁴, ferroviaire²⁵, aéroportuaire²⁶ et hertzien²⁷. S'agissant des biens publics mobiliers, ceux-ci appartiennent au domaine public mobilier si, conformément à l'article L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, « *les biens présent[en]t un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique* ». Cette disposition prévoit une liste non-exhaustive de biens mobiliers pouvant intégrer le domaine public, « *notamment* » :²⁸

- Les documents imprimés, graphiques, photographiques, sonores, audiovisuels, multimédias, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition ou de diffusion, font l'objet d'un dépôt légal prescrit aux fins de constitution d'une mémoire nationale ;
- Les archives publiques et les archives issues de fonds privés entrées dans les collections publiques par acquisition à titre onéreux, don, dation ou legs ;
- Des biens archéologiques mobiliers devenus ou demeurés propriété publique ;
- Des biens culturels maritimes de nature mobilière ;

¹⁷ *Ibidem*, p. 177.

¹⁸ Précisément, l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, ainsi que les établissements publics. Voir : CGPPP, art. L. 1.

¹⁹ CGPPP, art. L. 2111-1.

²⁰ CGPPP, art. L. 2141-1 à L. 2141-3.

²¹ CGPPP, art. L. 2111-2.

²² CGPPP, art. L. 2111-4 à L. 2111-6.

²³ CGPPP, art. L. 2111-7 à L. 2111-13.

²⁴ CGPPP, art. L. 2111-14.

²⁵ CGPPP, art. L. 2111-15.

²⁶ CGPPP, art. L. 2111-16.

²⁷ CGPPP, art. L. 2111-17.

²⁸ CGPPP, art. L. 2112-1.

- Les biens mobiliers classés ou inscrits au patrimoine mondial ou situés dans un immeuble classé ou inscrit au patrimoine mondial et concourant à la présentation au public des parties classées ou inscrites de cet immeuble ;
- Les objets mobiliers présentant un intérêt historique ou artistique devenus ou demeurés propriété publique en application de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ;
- Les collections des musées ;
- Les œuvres et objets d'art contemporain acquis par le Centre national des arts plastiques ainsi que les collections d'œuvres et objets d'art inscrites sur les inventaires du Fonds national d'art contemporain dont le centre reçoit la garde ;
- Les collections de documents anciens, rares ou précieux des bibliothèques ;
- Les collections publiques relevant du Mobilier national et de la Manufacture nationale de Sèvres.

Dans les autres cas, le bien public (immobilier ou mobilier) relève du domaine privé de la personne publique²⁹.

La conséquence de l'affectation d'un bien au domaine public est de le soumettre à un régime juridique de droit public, protecteur de l'intérêt général. En particulier, afin de préserver l'affectation des biens relevant du domaine public à l'usage du public ou à un service public sont hors du commerce. Ils sont donc indisponibles, c'est-à-dire que le domaine public est inaliénable et imprescriptible³⁰, contrairement aux biens relevant du domaine privé³¹. L'utilisation et la gestion d'un bien relevant du domaine public se distinguent alors de ceux du domaine privé par les restrictions qui y sont associées. Ceci peut entraîner des répercussions en matière contractuelle sur les marges de manœuvre que les parties ont tout au long de la vie du contrat.

²⁹ Il convient de relever, à ce stade, que, dans le cadre de la théorie des biens de retour, la qualification de biens de retour signifie que le bien est la propriété de l'autorité concédante de droit public. Un tel bien peut, selon les cas, relever du domaine public ou du domaine privé de la personne publique. En ce sens, voir : Philippe YOLKA, « Biens des concessions : retour sur quelques paradoxes domaniaux », *Droit de la voirie*, 2024, n° 236, disponible en ligne : <https://proprietespubliques.fr/2024/01/25/biens-concessions-retour-quelques-paradoxes-domaniaux-philippe-yolka/>. Voir également, *infra* : Partie 1, Section 1, §III.

³⁰ CGPPP, art. L. 3111-1 ; CGCT, art. L. 1311-1.

³¹ Sur ce point, voir *infra* : Partie 1, Section 3, §I., A.

Contrats analysés. Bien qu'étant une catégorie non juridique³², la notion de contrat public se définit à partir d'un critère organique. En effet, elle recouvre l'ensemble des contrats de droit privé et les contrats administratifs conclus dans la sphère publique où l'une des parties est soit une personne publique, soit une personne privée sous contrôle public³³. Précisément, le périmètre couvert par la présente recherche comprend les contrats de la commande publique (marchés publics classiques, marchés globaux, marchés de partenariat, contrats de concession de service et contrats de concession de travaux) ainsi que les conventions d'occupation temporaire du domaine public et du domaine privé. Ainsi seront évoqués les conventions d'occupation constitutives de droits réels, les baux emphytéotiques du Code rural, les baux emphytéotiques administratifs (BEA), les BEA de valorisation, les BEA pour la réalisation de logements sociaux et les baux de droit privé.

En revanche, puisque le rapport se focalise sur la gestion des biens publics en fonction de leur statut dans le cadre de relations contractuelles, les contrats de vente d'un bien public ont été volontairement exclus du champ de l'étude en raison de leur objet, la cession d'un bien public. En effet, la finalité poursuivie par ces contrats est la sortie du patrimoine de la personne publique de l'un de ses biens, et non leur gestion.

Objectifs de la recherche. Cette thématique soulève de nombreuses interrogations dont la principale tient aux effets produits par les contrats publics sur le statut des biens et leur régime. La recherche entend déterminer si les contrats publics peuvent influencer, voire encadrer, le statut des biens qui en sont l'objet ou le support de l'exécution contractuelle, notamment pour atténuer certains principes juridiques tenant à la propriété publique (à l'image de la théorie des biens de retour, de l'insaisissabilité des biens publics ou de l'indisponibilité du domaine public). En somme, le contrat est-il un outil d'optimisation de la propriété des personnes publiques ?

À l'inverse, se pose la question de l'influence du statut et du régime des biens publics sur la stratégie contractuelle des personnes publiques, notamment au regard des contraintes pesant sur les biens relevant du domaine public et des besoins de financement des projets

³² Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e édition, Dalloz, 2022, p. 1 ; François LICHÈRE et Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 13^e édition, LGDJ Lextenso, 2024, p. 15 ; Gabriel ECKERT, « Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ? », *Droit et ville*, 2010, n° 70, p. 1.

³³ Hélène HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 1 ; François LICHÈRE et Laurent RICHER, *op. cit.*, p. 15 ; Laure MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Thèse, Dalloz, vol. 96, 2010, p. 14-15.

publics. Dans le même sens, la question du changement du statut du bien en cours d'exécution du contrat emporte-t-elle des conséquences sur la nature du contrat ?

Dans cette première partie, seront successivement étudiés les effets des contrats publics sur l'identification de la nature et de la propriété d'un bien public (**Section 1**), sur son utilisation en cours d'exécution contractuelle (**Section 2**) et sur son régime de protection découlant du Code général de la propriété des personnes publiques et du Code général des collectivités territoriales (**Section 3**).

SECTION 1 : LES EFFETS DES CONTRATS PUBLICS SUR L'IDENTIFICATION DE LA NATURE ET DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS

La présente section vise à appréhender l'influence de la nature des contrats publics sur l'identification et la propriété des biens nécessaires à l'exécution de ces contrats. La propriété des biens dans les marchés publics (§I.), dans les concessions de services publics (§II.) et dans les conventions d'occupation domaniale (§III.) est ainsi déterminée. Le cas particulier des biens protégés par des droits de propriété intellectuelle est également examiné (§IV.).

§I. Le transfert de propriété dans les marchés publics

Aux termes de l'article L.1111-1 du Code de la commande publique, un marché public se définit comme « *un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* ».

Le transfert de propriété d'un bien est effectif en cas d'admission de la fourniture livrée (A.) ou de réception de l'ouvrage réalisé (B.).

A. L'admission de la fourniture livrée

Notion de fourniture. Une fourniture est un produit. L'autorité contractante acquiert des « *produits ou biens immobiliers par l'intermédiaire d'un fournisseur* »³⁴. L'article L. 1111-3 du Code de la commande publique définit, en effet, le marché de fournitures comme un marché public ayant pour objet principal « *l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits* », même s'il peut donner lieu à « *des travaux de pose et*

³⁴ Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 4^e édition, Dalloz, 2024, p. 186.

d'installation ». Les fournitures sont des biens meubles, car ils correspondent à la définition donnée par l'article 528 du Code civil de cette catégorie de biens. Il ressort de cet article que « [s]ont meubles par leur nature les biens qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre ».

Livraison. Le titulaire du marché est réputé propriétaire des fournitures livrées. Le CCAG fournitures et services (FCS) de 2021 indique à cet effet qu'il est responsable du transport des fournitures jusqu'à leur livraison³⁵.

Aux termes de l'article 21.3 du CCAG FCS, « *la livraison des fournitures est constatée par la délivrance d'un récépissé au titulaire ou par la signature du bon de livraison ou de l'état, dont chaque partie conserve un exemplaire* ».

Transfert de propriété. Toutefois, la livraison des fournitures n'emporte pas le transfert de leur propriété. Elle n'est que « *l'opération matérielle par laquelle le fournisseur achemine les biens commandés auprès de l'acheteur* »³⁶.

L'admission signifie la reconnaissance par l'acheteur de la conformité des fournitures aux stipulations du marché³⁷. Elle peut être expresse ou tacite. Elle est considérée comme expresse lorsque l'administration notifie au titulaire sa décision d'admission. Elle est admise implicitement lorsque l'administration n'a pas transmis de décision d'admission au titulaire, dans un délai de quinze jours à compter de la livraison³⁸.

Une fois livrées, ces fournitures deviennent la propriété de l'acheteur seulement lorsqu'elles sont admises³⁹.

En effet, l'acheteur procède à la vérification des biens et peut à cet effet, selon qu'il considère qu'elles sont conformes ou non aux stipulations du marché, décider de leur admission ou de leur ajournement, réfaction et rejet.

Garanties. L'admission fait démarrer le délai de garantie. Le CCAG FCS, en son article 33.1, prévoit une garantie minimale d'un an. Cette garantie est couplée de la garantie des vices cachés du Code civil. L'admission n'a pas, pour effet, de faire disparaître cette garantie. Prévues aux articles L. 1641 et suivants, la garantie des défauts de la chose vendue vise à protéger

³⁵ CCAG FCS, art. 20.3 : « *Le transport s'effectue, sous la responsabilité du titulaire, jusqu'au lieu de livraison. Le conditionnement, le chargement, l'arrimage et le déchargement sont effectués sous sa responsabilité* ».

³⁶ Davy MIRANDA et Mathias AMILHAT, « Réception », *JCl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. 100, 2024.

³⁷ CCAG FCS, art. 30.

³⁸ CE, 23 avr. 2001, n° 186424, *SARL Bureau d'études techniques d'équipement rural et urbain*.

³⁹ CCAG FCS, article 31.

l'acheteur d'un bien, « *des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ». Le juge administratif applique cet article du Code civil tel quel⁴⁰. Il a d'ailleurs considéré qu'il s'agissait d'une garantie légale et non contractuelle⁴¹. L'administration peut s'en prévaloir vis-à-vis de son cocontractant alors même que le contrat ne contient pas une telle clause. Le juge administratif a cependant indiqué que la garantie pouvait faire l'objet d'un aménagement contractuel⁴². Il a notamment que les parties pouvaient convenir d'une restriction du délai de garantie. Le titulaire étant généralement un professionnel, la limitation de ce délai peut interroger⁴³.

B. La réception d'un ouvrage

Notion. La réception *stricto sensu* concerne essentiellement les immeubles par nature. Elle est de mise dans les marchés publics de travaux. L'article L1111-2 du Code de la commande publique définit ces marchés comme des marchés dont l'objet consiste, soit, en « *l'exécution* » ou en à « *la conception et l'exécution de travaux* », soit en « *la réalisation* » ou en « *la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception* ».

Le Code de la commande publique n'ayant pas apporté de définition à la notion de réception, la définition de l'article 1792-6 du Code civil semble correspondre également à la pratique des marchés publics de travaux. La réception est en effet « *l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves* ». Le législateur indique également qu'« *elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement [et] (...) est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement* ». Le Conseil d'État a déjà cité cet article⁴⁴ et les cours administratives d'appel s'y réfèrent abondamment de manière explicite ou en évoquant les principes dont s'inspire cet article.⁴⁵

⁴⁰ CE, 25 nov. 2008, n° 291539, *CHU Région d'Annecy*,

⁴¹ CE, Sect., 9 juill. 1965, *Société Les pêcheries de Keroman* : Lebon, 418.

⁴² Hélène HOEPFFNER, *op.cit.*, p. 851.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ CE, sect., 8 déc. 1999, n°138651, *Société Borg Warner* : Tables.

⁴⁵ CAA Douai, 30 déc. 2016, n° 15DA01173 et 15DA01749, *Société Normafi et Office public de l'habitat Eure habitat* ; CAA Marseille, 13 juill. 2015, n° 12MA04748, *Commune d'Alaigne* ; CAA Bordeaux, 8 févr. 2018, n° 15BX01701

Effets. La réception marque l'achèvement de l'exécution du marché. Elle a principalement pour effets de transférer la propriété de l'ouvrage au maître d'ouvrage et d'enclencher les délais de garantie. À l'instar de la livraison, la procédure de réception est principalement régie par les CCAG⁴⁶. L'autorité contractante est libre de s'y référer ou non.

La réception est en principe globale. Toutefois, en matière de travaux publics, elle est généralement partielle⁴⁷. La réception globale ou unique n'intervient que lorsque « [les travaux exécutés] *ne sont pas d'une grande technicité, ou bien s'ils peuvent être intégralement exécutés d'un seul tenant sans difficulté* »⁴⁸. Les travaux étant échelonnés dans le temps et réalisés par différents entrepreneurs, la réception est généralement partielle. En outre, la réception partielle ne saurait être assimilée à la réception par lot ou à la réception provisoire⁴⁹. La réception partielle se distingue de cette dernière dans la mesure où elle revêt un caractère définitif⁵⁰. De plus, la réception provisoire n'a pas pour effet de transférer la propriété du bien⁵¹. Le titulaire demeure responsable en cas de dommages causés aux tiers par l'ouvrage jusqu'à la réception définitive⁵².

Dans certains cas, l'administration peut prendre possession d'un bien sans le réceptionner au préalable. On parle alors de réception tacite. Elle est rigoureusement appréciée par le juge⁵³. La réception tacite est exclue si le contrat s'y oppose expressément⁵⁴.

Sans entrer dans le détail de la procédure de réception, il convient de noter que la décision de réception est prise par le maître d'ouvrage⁵⁵. Elle peut être prononcée avec ou sans réserves. Elle est dite avec réserves lorsque le maître d'ouvrage constate des malfaçons ou imperfections et met en demeure son cocontractant de les réparer. La relation contractuelle ne prend fin que lorsque les réserves sont levées. La levée des réserves déclenche le délai des garanties post-contractuelles.

⁴⁶ CCAG Travaux, art. 41.

⁴⁷ Davy MIRANDA et Mathias AMILHAT, *art. cit.*

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Davy MIRANDA et Mathias AMILHAT, *art. cit.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ CE, 11 déc. 1991, *Département des Ardennes c. Dupré* : Tables, p. 1050 ; CE, 8 déc. 1995, n° 140057, *Office public interdépartemental d'HLM de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines* : Tables, p. 904.

⁵⁴ CE, 5 févr. 1982, n° 06553, 06608, *Hébrard et a.* : Lebon, p. 675 ; CE, 17 mars 1999, n° 156210, *Société d'équipement de Toulouse Midi-Méditerranée*.

⁵⁵ CCAG Travaux, art. 41.2.

Garanties. La garantie des vices cachés n'est pas invocable en matière de travaux publics. En revanche, la garantie décennale, ayant pour objet de faire réparer par l'entrepreneur les dommages survenus après la réception de l'ouvrage, est admise⁵⁶.

§II. La répartition des biens dans les concessions de service public

La classification tripartite des biens utilisés dans l'exécution d'un contrat de concession de service public est connue. L'intérêt principal de cette classification réside dans la catégorie des biens de retour (A.) qui tend à englober des biens qu'on n'envisageait pas faire partie de son champ (B.) et qui pourrait s'étendre à des contrats sur la base de fondements distincts de son fondement initial (C.).

A. La distinction entre biens de retour, biens de reprises et biens propres

Histoire. La jurisprudence *Commune de Douai* du 21 décembre 2012 constitue un tournant majeur dans le sort des biens utilisés dans le cadre d'une concession de service public, même si la théorie de biens de retour avait déjà fait irruption dans la jurisprudence administrative depuis bien longtemps⁵⁷. La question du devenir de ces biens était auparavant réglée par la « *loi des parties* »⁵⁸. André de Laubadère indiquait à ce sujet que le sort des biens en fin de concession était réglé par la convention. Il notait à cet effet que « *le premier principe à retenir [à propos du sort des biens en fin de concession] est que ce sort est réglé par les dispositions de l'acte de concession ; ces dispositions peuvent être plus ou moins précises ; mais elles figurent toujours dans le cahier des charges* »⁵⁹. Dans un arrêt *Société marseillaise de crédit* du 4 octobre 1978, le Conseil d'État s'était ainsi fondé sur la commune intention des parties pour qualifier des biens de biens de retour⁶⁰.

⁵⁶ CE, 29 janv. 1993, n° 122491, *Syndicat intercommunal des eaux de la Dhuy*.

⁵⁷ Voir CE, 9 déc. 1898, *Compagnie gaz Castelsarrazin* : S. 1901, III, p.40 et CE, 28 nov. 1984, *Ministre du Budget c. Société Autoroutes sud France* : Tables, p. 563.

⁵⁸ Nicolas DOURLENS, « Notion de biens de retour dans les concessions de service public », *Ctts et MP*, n° 6, 2019, étude 8.

⁵⁹ André DE LAUBADÈRE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, t. II, n° 1506.

⁶⁰ CE, 4 oct. 1978, n°03471, *Société marseillaise de crédit*, inédit au recueil Lebon.

L'autorité des documents contractuels dans la qualification des biens ne saurait cependant être le signe de l'expression pleine et entière de la liberté contractuelle des parties dans la mesure où « *cette qualification résultait souvent de cahiers des charges types* »⁶¹.

De plus, l'interprétation des stipulations contractuelles relevait du juge, qui considérait que la distinction des biens par les parties était faite dans le but de séparer les biens nécessaires au fonctionnement régulier du service public de ceux qui ne l'étaient pas⁶².

Déclin de la liberté contractuelle. Le déclin du primat de la liberté contractuelle dans la qualification des biens de retour est véritablement entériné avec la jurisprudence *Commune de Douai*⁶³. Le Conseil d'État a notamment affirmé que « *dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique* ».

Critère de définition. La liberté contractuelle est ainsi reléguée au second plan, au profit du caractère nécessaire ou non des biens au fonctionnement du service public. Les biens jugés nécessaires au fonctionnement du service public doivent demeurer dans le patrimoine de la personne publique. La liberté contractuelle des parties est ainsi fragilisée, car même s'il leur est conseillé de « *prévoir des clauses listant les différentes catégories de biens, (...) cette répartition pourra toujours être remise en cause par le préfet ou tout autre tiers intéressé, sur le fondement de l'inaliénabilité du domaine public et du caractère d'ordre public de la définition des biens nécessaires au service public* »⁶⁴.

Si cette solution a pu être perçue, à tort, comme destinée à ne s'appliquer que dans le silence de la convention, elle a cependant été interprétée comme une limitation drastique de la liberté contractuelle des parties⁶⁵. Les parties ne peuvent y déroger, c'est-à-dire qualifier un bien nécessaire au service public de bien de reprise ou de bien propre que si un texte législatif le prévoit⁶⁶. C'est notamment le cas des « *montages couplant une délégation de service public*

⁶¹ Nicolas DOURLENS, *art. cit.*

⁶² *Idem.*

⁶³ CE, Ass., 21 déc. 2012, n° 342788, *Commune de Douai*.

⁶⁴ Nicolas DOURLENS, *art. cit.*

⁶⁵ Grégory MOLLION, « Remunicipalisation : le retour des biens », *JCP A*, 2014, 2068.

⁶⁶ *Idem.*

avec un BEA ou une convention attributive de droits réels »⁶⁷. Cependant, le juge a offert aux parties la possibilité de reconnaître le droit de propriété du concessionnaire sur les biens pourtant nécessaires au fonctionnement du service public à la condition que ces biens ne soient point édifiés sur une propriété publique⁶⁸.

Comme toute jurisprudence, l'arrêt *Commune de Douai* n'a pas échappé aux critiques de la doctrine. Le principal reproche réside dans de « l'absence de définition rigoureuse »⁶⁹ de la notion de biens de retour. Si le rapporteur public de l'affaire, Bertrand Dacosta, définissait, dans ses conclusions, les biens de retour comme les biens « dont la collectivité, par définition, ne pourra pas se passer, sauf à interrompre le fonctionnement du service », cette définition esquissée n'a cependant pas fait l'objet d'une « application homogène » dans la jurisprudence postérieure⁷⁰.

Les questions laissées en suspens par ce vide sont nombreuses : « biens nécessaires ou indispensable au service public ? Pour assurer la continuité d'origine ou le service minimum ? Mission principale ou missions connexes ? »⁷¹, s'interroge Christophe Roux.

La Cour administrative d'appel de Paris a certainement donné un élément de réponse à la troisième interrogation en indiquant dans un arrêt rendu le 8 février 2016 qu'un bien affecté à une activité annexe et facultative du concessionnaire de service public faisait partie de la catégorie des biens de reprise⁷². Il s'agissait en l'espèce d'un hangar construit par le concessionnaire dans le cadre d'une concession de gestion d'un aérodrome. La Cour a retenu la qualification de bien de reprise, car le hangar, en ce qu'il sert d'abri aux hélicoptères de loisirs, qui constitue une activité annexe à l'activité de service public concédée.

Par ailleurs, le terme même de « biens de retour » paraît inapproprié pour une partie de la doctrine. Christophe Roux indique à cet effet que « contrairement à leur fallacieux nom de baptême, ces derniers sont alors considérés comme propriétés ab initio de l'autorité concédante, leur « retour » (qui n'a donc jamais eu lieu) dans le patrimoine public devant s'opérer gratuitement, sauf à ce qu'ils n'aient pas été amortis au terme (normal ou anticipé) du

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ CE, Ass., 21 déc. 2012, n° 342788, *Commune de Douai*.

⁶⁹ Christophe ROUX, « Commune de Douai, 10 ans après : bien des interrogations en retour... », *JCP A*, 2023, n° 2048.

⁷⁰ Nicolas DOURLENS, *art. cit.*

⁷¹ Christophe ROUX, *art. cit.*

⁷² CAA Paris, 8 févr. 2016, n° 15PA00848, *Sté Co Lou Lan*.

contrat »⁷³. Il ne s'agit en effet que d'un « *retour en jouissance* », car le bien n'a pas cessé d'être la propriété de la personne publique⁷⁴.

Se prononçant dans le même sens, Caroline Chamard-Heim dénonce la consécration de cette appellation qui « *ne correspond pas à la réalité, puisque (...) la propriété publique n'a jamais cessé depuis le début de la concession* »⁷⁵.

En outre, il ressort des articles L. 2122-6 du CGPPP et L.1311-5 du CGCT que le délégataire peut se voir attribuer des droits réels sur les biens de retour tout au long de l'exécution du contrat. Toutefois, ces droits relevant en principe de la qualité de propriétaire ne sauraient conférer une « *propriété privée sui generis du concessionnaire* » dans la mesure où « *il s'avère invraisemblable de concevoir la possibilité pour une personne de « disposer de droits réels... que ? Sur le bien d'autrui* »⁷⁶.

Philippe Yolka soutient également que « *certaines biens s'intègrent malaisément dans la tripartition patrimoniale caractéristique du droit des concessions* » et reproche à la notion de biens de retour d'avoir fait deux conceptions distinctes de la notion de biens relevant du domaine public⁷⁷.

La première conception est celle codifiée à l'article L.2111-1 du CGPPP. Un bien relevant du domaine public est un bien ayant été affecté à l'usage direct du public ou affecté à un service public. Ils doivent faire l'objet, lorsqu'ils sont affectés à un service public, d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.

La seconde conception est tirée de l'arrêt *Commune de Douai*. Il ressort de celle-ci que les biens entretenant des « *relations d'utilité pour l'exécution du service public concédé* » sont considérés comme faisant partie du domaine public.

Contrairement à la première, la seconde conception fait entrer dans le « *domaine public concessif* », des biens relevant en principe du domaine privé en raison de l'obligation de retour dans le patrimoine de la personne publique. C'est notamment le cas des immeubles de bureaux⁷⁸.

⁷³ Christophe ROUX, *art. cit.*

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ Caroline CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, PUF, 2022, p. 365.

⁷⁶ Christophe ROUX, *art. cit.*

⁷⁷ Philippe YOLKA, « Biens des concessions : retour sur quelques paradoxes domaniaux », *Droit de la Voirie*, n°236, 2024, disponible en ligne : <https://proprietespubliques.fr/2024/01/25/biens-concessions-retour-quelques-paradoxes-domaniaux-philippe-yolka/>.

⁷⁸ CGPPP, art.L.2211-1.

Codification. La jurisprudence *Commune de Douai* est aujourd'hui codifiée à l'article L3132-4 du Code de la commande publique dans les règles spécifiques aux contrats de concession. Cet article dispose que :

« Lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public :

1° les biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public sont les biens de retour. Dans le silence du contrat, ils sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition ;

2° Les biens, meubles ou immeubles, qui ne sont pas remis au concessionnaire par l'autorité concédante de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont les biens de reprise. Ils sont la propriété du concessionnaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat de concession ;

3° Les biens qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise, sont des biens propres. Ils sont et demeurent la propriété du concessionnaire ».

Il existe par conséquent trois catégories de biens en matière de concession de service public. Les deux premières catégories, à savoir les biens de retour et les biens de reprise, font l'objet d'une définition positive tandis que la dernière, à savoir les biens propres, est définie comme celle qui ne fait ni partie de la première ni de la deuxième.

L'identification des propriétaires de ces biens est aussi connue : les biens de retour sont la propriété *ab initio* de l'autorité concédante tandis que les biens de reprise et les biens propres appartiennent au concessionnaire.

Droits du cocontractant. Le retour des biens dans le patrimoine de la personne publique lorsqu'ils sont nécessaires au fonctionnement du service public est, en principe, gratuit.

Toutefois, il ne saurait raisonnablement être admis, en cas de fin anticipée du contrat, lorsque des mesures de compensation n'ont pas été prises. Le Conseil d'État a ainsi assorti,

dans la jurisprudence *Commune de Douai*, le *retour* intervenant avant le terme du contrat, d'une obligation pour le concédant d'indemniser son cocontractant de valeur non amortie des biens⁷⁹.

Christophe Roux souligne que « *le retour n'est que rarement « gratuit », la circonstance étant tout entière inféodée, d'une part, à l'amortissement (comptable) des biens en question et, d'autre part, à la durée de la concession, sachant que celle-ci peut être inférieure à la durée d'amortissement ou le devenir dans l'hypothèse d'une résiliation avant terme* »⁸⁰. Cette exigence témoigne du « *glissement patrimonial de la théorie* ». François Brenet y voit la preuve du « *lien ombilical unissant la théorie des biens de retour à la théorie de l'équation financière du contrat administratif* »⁸¹.

L'indemnisation des biens de retour n'est admise que dans deux hypothèses : d'une part, lorsque le contrat n'est pas arrivé à son terme en raison d'une résiliation anticipée et d'autre part, lorsque le contrat est arrivé à son terme, mais que les investissements immobiliers ou mobiliers réalisés durant l'exécution du contrat n'ont pas été amortis.

Laetitia Janicot et Jean-François Lafaix notent, en ce qui concerne cette seconde hypothèse, que « *lorsque les biens de retour n'ont pas été amortis à la fin du contrat, ce doit être parce que leur durée d'utilisation est supérieure à la durée du contrat, et non simplement parce qu'ils n'ont pas été économiquement amortis puisque cette éventualité fait partie du risque que le concessionnaire doit assumer* »⁸². Aux termes de l'arrêt *Communauté d'agglomération Chartres métropole et société Véolia eau du 4 juillet 2012*⁸³, la durée d'un contrat de concession peut être inférieure à celle de l'amortissement, à condition toutefois de prévoir dans les clauses du contrat le montant de l'indemnisation des biens non amortis. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Douai*, Bertrand Dacosta soulignait que le principe de gratuité des biens de retour en cas de fin normale du contrat doit être écarté lorsque les parties ont choisi délibérément une durée de contrat plus courte que celle nécessaire pour l'amortissement des biens⁸⁴. Selon Jennifer Marchand, « *en autorisant les parties à prévoir intentionnellement lors de la conclusion du contrat une indemnité compensatrice de nature à*

⁷⁹ Considérant 8.

⁸⁰ Christophe ROUX, *art. cit.*

⁸¹ François BRENET, « Nouvelle illustration de l'effet attractif des biens de retour : le cas des biens dont le concessionnaire de service public était propriétaire avant la passation du contrat », *Dr. Adm.*, n° 12, 2018.

⁸² Laetitia JANICOT et Jean-François LAFAX, « Un bien de retour restera toujours... un bien de retour », *AJDA*, 2016, p. 1645 ; *RDI*, 2016, p. 473.

⁸³ CE, 4 juill. 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres Métropole et Société Véolia eau*.

⁸⁴ Voir CE, 14 janv. 2008, n°297541, *Société Sogeparc France* ; CE, 4 juillet 2012, n°352417, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*.

couvrir l'amortissement des investissements, le Conseil d'État sécurise les montages de financements de projets en rendant moins aléatoire la détermination des indemnités »⁸⁵.

Par conséquent, les biens de retour non amortis doivent être indemnisés. Le principe est d'autant plus prégnant lorsque le contrat de délégation de service public a été résilié de manière anticipée par la personne publique. Dans un arrêt *centre hospitalier de Valenciennes* du 20 juin 2018, le Conseil d'État a considéré qu'une clause prévoyant que le mobilier multimédia installé dans des chambres d'hôpital devienne gratuitement la propriété de la personne publique à l'issue du contrat, ne peut neutraliser le droit à indemnisation du cocontractant dans la mesure où elle était prévue s'appliquer que dans le cas où le contrat aurait connu une fin normale⁸⁶.

De même, la résiliation d'un contrat de 29 ans, sept ans avant son terme, ne saurait être admise qu'en cas d'indemnisation des biens non amortis fondés sur « *la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat* »⁸⁷.

Indemnisation du concédant. En parallèle, le concessionnaire peut être tenu d'indemniser l'autorité concédante en cas de destruction (accidentelle) des biens de retour durant l'exécution du contrat lorsqu'il refuse de procéder à leur reconstruction⁸⁸.

Une situation spécifique doit être évoquée à ce stade. La stipulation prévoyant le rachat des biens de reprise utiles à l'exécution du service (mais non indispensable à son fonctionnement) par le nouveau concessionnaire au concessionnaire sortant ne peut qualifier ceux-ci de biens de retour, remis gratuitement à l'autorité concédante à la fin de la nouvelle concession. En effet, le Tribunal administratif de Nice a récemment suspendu en référé l'application d'une telle clause au motif d'un doute sérieux de légalité, au regard des dispositions des articles L. 3132-4 et L. 3132-6 du Code de la commande publique⁸⁹. Comme le soutient le préfet des Alpes-Maritimes, les biens non-indispensables au fonctionnement du service ne sont pas soumis au statut juridique des biens de retour⁹⁰. Le retour de ces biens à la personne publique concédante exige alors une indemnisation du concessionnaire par la personne publique dans les conditions fixées par le contrat.

⁸⁵ Jennifer Marchand, « Durée du contrat public et durée d'amortissement », *Dr. Adm.*, 2013, n° 3, étude 6.

⁸⁶ CE, 20 juin 2018, n° 408507.

⁸⁷ CE, 27 janv. 2020, n° 422104.

⁸⁸ CE, 26 févr. 2016, n° 384424, *syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense c/ Société CLIMADEF*.

⁸⁹ TA Nice, ord., 28 févr. 2025, n° 2500562, *Préfet des Alpes Maritimes*.

⁹⁰ *Ibidem*, cons. 9.

Si le doute de légalité se confirme au fond, une autre conséquence est à relever du fait de la non-application du statut juridique des biens de retour à ces biens. Dans cette situation, le concessionnaire ne saurait être obligé d'indemniser l'autorité contractante à la suite de la destruction du bien non indispensable au fonctionnement du service, repris au concessionnaire sortant par le concessionnaire entrant.

Toutefois, la personne publique peut renoncer à la reconstruction des biens détruits. Cette faculté de renonciation que lui reconnaît le juge administratif au titre de ses prérogatives de puissance publique, notamment sur son pouvoir de modification unilatérale, pourrait être perçue comme contraire avec les dispositions du CGCT interdisant aux collectivités territoriales de renoncer à engager la responsabilité d'un cocontractant⁹¹. En effet, la renonciation à la reconstruction des biens détruits, lorsque le cocontractant en a manifesté la volonté, pourrait être comprise comme une renonciation à l'indemnisation⁹² et une forme de libéralité.

Incidence de la qualité du concessionnaire. Le montant de l'indemnisation est fonction de la qualité du concessionnaire. Ainsi, en matière de fixation du montant de l'indemnisation des biens de retour, la liberté dont dispose le concédant peut être limitée. En effet, la personne publique est tenue d'accorder, lorsque le concessionnaire est une personne publique, une indemnisation qui compense intégralement les biens de retour non amortis⁹³. De ce fait, une clause contractuelle est nulle si elle prévoit la possibilité pour l'autorité délégante de ne pas accorder d'indemnité ou d'accorder une indemnité inférieure au montant des biens de retour non amortis, lorsque le délégataire est également une personne publique. *A contrario*, l'autorité délégante peut déroger aux « règles d'ordre public » prévues en matière d'indemnisation lorsque le cocontractant est une personne privée. Dans l'affaire *Commune de Croisic*, la concession de port de plaisance liant le département de Loire-Atlantique à la commune de Croisic comportait une clause autorisant l'autorité délégante à indemniser moins du quart de la valeur nette comptable des biens de retour non amortis en cas de résiliation.

⁹¹ CGCT, art. L. 2131-10, L. 3132-4 et L. 4142-4.

⁹² Laetitia JANICOT et Jean-François LAFAIX, « Un bien de retour restera toujours... un bien de retour », *AJDA*, 2016, p. 1645 ; *RDI*, 2016, p. 473.

⁹³ CE, 25 oct. 2017, n° 402921, *Commune du Croisic*.

B. L'extension de la notion de biens de retour par la jurisprudence

Attractivité. La catégorie des biens de retour s'est considérablement renforcée au gré de la jurisprudence. Le juge administratif a étendu la qualification des biens de retour aux biens meubles⁹⁴ et des biens immatériels numériques⁹⁵ ont été qualifiés de biens de retour. De même, les biens d'un casino ont reçu cette qualification⁹⁶ alors que l'activité de casino s'est vu paradoxalement dénier le label de service public⁹⁷. L'attractivité de la catégorie témoigne, selon Philippe Yolka, d'une « certaine tendance à l'embonpoint »⁹⁸. Cette tendance se reflète dans les jurisprudences *Vallée de l'Ubaye* (1.) et *Société Électricité de Tahiti* (2.).

1. Les conséquences de la décision *Vallée de l'Ubaye* sur les biens apportés par le concessionnaire

Biens apportés. La décision *Vallée de l'Ubaye*⁹⁹ a étendu la théorie des biens de retour aux biens apportés par le concessionnaire. Il ressort de cet arrêt que les biens réalisés ou acquis par l'opérateur économique avant la conclusion du contrat de délégation de service public peuvent être considérés comme des biens de retour lorsqu'ils sont affectés au fonctionnement du service public. Ces biens font l'objet à un retour gratuit dans le patrimoine de la personne publique.

Le délégataire a, toutefois, droit à une indemnisation de la valeur des biens non amortis devant tenir compte de « l'équilibre économique du contrat » et de leur « valeur nette comptable ».

Se prononçant avant le Conseil d'État dans cette affaire, la Cour administrative d'appel de Lyon envisageait la création d'une catégorie « *sui generis* » qui existe en marge de la tripartition classique des biens eu égard au particularisme des concessions de remontées mécaniques¹⁰⁰.

⁹⁴ CE, 5 févr. 2014, n° 371121, *Société Equalia et Sté Polyo*.

⁹⁵ CE, 16 mai 2022, n° 459904, *Commune de Nîmes*.

⁹⁶ CE, 23 janv. 2020, n° 426421, *Société Touristique de la Trinité*.

⁹⁷ CE, 19 mars 2012, n° 341562, *SA Groupe Partouche*.

⁹⁸ Philippe YOLKA, « Biens des concessions : retour sur quelques paradoxes domaniaux », *art. cit.*

⁹⁹ CE, sect., 29 juin 2018, n° 402251, *Ministre de l'Intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye*.

¹⁰⁰ François BRENET, *art. cit.*

Dérogation. La catégorie étant jurisprudentielle, la décision étant rendue avant sa codification, elle pouvait être écartée par le législateur. Le Conseil d'État n'a, par exemple, pas hésité à l'écartier au profit du régime législatif spécifique encadrant les concessions de distributions d'électricité¹⁰¹. Ainsi, les biens affectés par le concessionnaire de la distribution d'électricité à l'exécution de plusieurs contrats (immeubles de bureaux, restaurants, parkings, logements) ont été qualifiés de biens propres relevant de la propriété du concessionnaire. ERDF (devenu *Enedis*) dispose, en effet, d'un monopole dans l'attribution des contrats de concession de distributions d'électricité pouvant être conclus par les collectivités territoriales. Cette exception a cependant été circonscrite à l'espèce et « *vocation à s'étendre à d'autres [concessions]* »¹⁰².

Or, dans l'affaire *Vallée de l'Ubaye*, la loi *montagne* du 9 janvier 1985 n'a pas souhaité faire échapper les concessions à la classification tripartite des biens dans les concessions.

Au-delà de l'extension de la notion de propriété, le principal problème de la jurisprudence *Vallée de l'Ubaye* réside dans l'inadaptation du régime d'indemnisation d'ordre public issu de l'arrêt *Commune de Douai*. La doctrine s'est notamment interrogée notamment sur le bien-fondé du « *retour gratuit à la personne publique de remontées mécaniques appartenant à une personne privée, qui les a financées et parfois totalement amorties avant même d'avoir commencé à exploiter le service public* »¹⁰³.

Ce retour gratuit constitue, de ce fait, une « *atteinte excessive au droit de propriété, d'autant que les exploitants privés étaient bridés par la loi de 1985 qui ne leur offrait que deux possibilités : le rachat immédiat des équipements ou la contractualisation avec les personnes publiques* »¹⁰⁴.

Par ailleurs, elle a dénoncé l'opposition entre l'arrêt *Vallée de l'Ubaye* et la solution retenue dans l'arrêt *Commune de Douai*¹⁰⁵. Si dans la dernière jurisprudence citée, la qualification de bien de retour dépendait de sa nécessité pour le service public et de son acquisition ou de sa réalisation dans le cadre du contrat, la présente décision étend le champ des

¹⁰¹ CE, 11 mai 2016, n° 375533, *Société ERDF*.

¹⁰² François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Un an de droit de la propriété des personnes publiques (1re partie) », *Cts et MP*, n° 3, 2017, chron. 2.

¹⁰³ François BRENET, *art. cit.*

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ Nicolas DOURLENS, « Notion de biens de retour dans les concessions de service public », *art.cit.*

biens de retour aux biens acquis ou réalisés par le concessionnaire avant l'exécution du contrat¹⁰⁶.

L'arrêt *Vallée de l'Ubaye* est, par conséquent, perçu comme une « *privation rétroactive de la propriété* [des] *biens que les opérateurs croyaient détenir* », voire comme une « *quasi-expropriation* »¹⁰⁷.

Biens des tiers. L'approche retenue par le juge dans la décision *Vallée de l'Ubaye* est cependant limitée par l'effet relatif des contrats¹⁰⁸. Des juridictions du fond ont d'ailleurs refusé d'étendre la jurisprudence *Vallée de l'Ubaye* aux biens appartenant aux tiers. La Cour administrative d'appel de Marseille s'est prononcée en ce sens dans un arrêt de 2019¹⁰⁹ et un autre de 2023¹¹⁰ en refusant de qualifier de bien de retour, un bien pourtant nécessaire au fonctionnement du service public dans la mesure où ce bien avait été mis à disposition du concessionnaire par un tiers.

Dans la première affaire relative à la station de ski qui a donné lieu à la jurisprudence *Vallée de l'Ubaye*, le juge a estimé que « *le régime des contrats de concession de service public exclut en revanche de la catégorie des biens de retour, dans le silence des clauses contractuelles, ceux appartenant à des tiers alors même qu'ils ont été mis à la disposition du concessionnaire, sous quelque forme que ce soit, pour être affectés à l'exploitation du service, fussent-ils nécessaires à son fonctionnement* » (considérant 10) [Nous soulignons].

Dans la seconde affaire, la Cour indique notamment que le régime des biens des retours ne saurait s'appliquer aux biens appartenant à des tiers, même si le délégataire s'est expressément engagé, aux termes du contrat, à « *mettre tout en œuvre pendant la durée de la concession pour acquérir progressivement la pleine propriété des installations* » (considérant 7). Par conséquent, seul le juge judiciaire est compétent pour connaître de l'action menée par des tiers, personnes privées, visant à se faire indemniser du fait de l'occupation de leurs biens, à l'issue du contrat, par un établissement public industriel et commercial.

Récemment, le Conseil d'État a affirmé le principe, jusqu'alors sous-entendu, selon lequel la théorie des biens de retour ne s'applique pas « *aux biens qui sont la propriété d'un*

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ Marios KALOGEROPOULOS, « Commande publique et droit de propriété des opérateurs privés », *AJDA*, 2021, p. 2326.

¹⁰⁸ Gabriel Eckert, « Biens de retour et propriété des tiers au contrat de concession », *Ctts et MP*, 2023, n° 7, comm. 210.

¹⁰⁹ CAA Marseille, 16 déc. 2019, n° 18MA03183, *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence*.

¹¹⁰ CAA Marseille, 17 avr. 2023, n° 23MA00452, *Communauté de communes Vallée de l'Ubaye-Serre-Ponçon*.

tiers au contrat de concession, quand bien même ils seraient affectés au fonctionnement du service public et nécessaires à celui-ci »¹¹¹.

Toutefois, la décision *Vallée de l'Ubaye* pourrait amener les concessionnaires, désirant empêcher le retour de leurs biens dans le patrimoine de la personne publique, à transférer la propriété de leurs biens à des filiales *ad hoc*¹¹². Tel est notamment le cas dans le secteur des casinos¹¹³, ainsi que le constate la Cour de comptes dans son rapport annuel d'activité de 2021¹¹⁴. Pourtant, comme le relève le rapporteur public Nicolas Labrune dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de Berck-sur-Mer*, cette situation dans laquelle la théorie des biens de retour est court-circuitée par la dissociation, au sein d'un groupe, de la société concessionnaire et de la société propriétaire du bien nécessaire au fonctionnement du service public, peut se rencontrer dans de nombreuses autres activités de service public, en dehors du cas particulier des casinos, comme pour les équipements sportifs ou les crématoriums¹¹⁵.

Si l'effet relatif des contrats s'oppose à mettre à la charge d'un tiers le retour à l'autorité concédante d'un bien affecté au fonctionnement d'un service public pour lequel il est nécessaire, la propriété d'un tel bien par un tiers lié au concessionnaire peut emporter une rupture d'égalité entre les candidats lors des procédures de passation pour le renouvellement de la concession. Précisément, Nicolas Labrune conclut que :

*« La question se pose d'autant plus que, dans une telle configuration, la circonstance que le bien appartient à une société étroitement liée au concessionnaire confère à ce dernier un droit quasi-exclusif à l'exploitation du service, qui fait obstacle au renouvellement de l'opérateur, ainsi que le souligne la Cour de comptes dans le rapport [annuel d'activité de 2021] : **les candidats autres que celui lié au propriétaire du bien se heurteront en effet au refus du propriétaire de leur accorder un bail, ou alors à des conditions rédhitoires et il est bien souvent impossible de trouver un autre site dans lequel exécuter** »*

¹¹¹ CE, 17 juillet 2025, *Commune de Berck-sur-Mer*, n° 503317

¹¹² Gabriel ECKERT, « Le régime des biens de retour appliqué aux ouvrages réalisés par un tiers au contrat de concession », comm. sous CAA Douai, 2 avr. 2025, n° 21DA02161, *Ctts et MP*, 2025, n°7, comm. 194 ; Louis ROULET, « Les biens de tiers dans les contrats de concession de service public », *AJDA*, 2019 p.1488.

¹¹³ Pour rappel, la jurisprudence qualifie les activités de jeux d'argent des casinos de service public. Voir : CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan*, n° 46504.

¹¹⁴ Cour des Comptes, *Rapport annuel d'activité*, 2021, p. 109-147.

¹¹⁵ Nicolas LABRUNE, concl. sur CE, 17 juillet 2025, *Commune de Berck-sur-Mer*, n° 503317. Voir également : CAA Bordeaux, 28 févr. 2023, *M. et Mme Virgo*, n° 21BX01167 ; CAA Marseille, 16 déc. 2019, *Préfecture des Alpes de Haute-Provence*, précité.

la concession – *en l'espèce un nouveau bâtiment pour accueillir le casino. Une situation comme celle de l'espèce est donc **susceptible de porter atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.*** »¹¹⁶ [Nous soulignons]

En outre, le propriétaire du bien dont dépend le fonctionnement du service public pourrait, éventuellement, altérer sa continuité s'il souhaite ne plus exploiter ledit service : « [...] *cette situation confère au propriétaire du bien nécessaire à l'exécution de la concession des prérogatives susceptibles de porter atteinte au bon fonctionnement voire à l'existence même du service public* »¹¹⁷. Or, de tels montages contractuels intra-groupe sont destinés à rejeter l'application de la théorie des biens de retour, en donnant la propriété du bien à une autre entité du groupe, distincte, mais liée (par exemple en tant que maison-mère ou filiale), au concessionnaire : « [...] *il ne va pas de soi d'accepter qu'un tel artifice juridique puisse ainsi permettre contourner les règles de la propriété publique et de la mise en concurrence* »¹¹⁸.

C'est pourquoi le Conseil d'État, dans sa décision *Commune de Berck-sur-Mer*, admet une exception au principe de l'exclusion de la théorie des biens de retour aux biens des tiers nécessaires au fonctionnement du service public. En effet, lorsque le tiers est en situation liée avec le concessionnaire, notamment en appartenant au même groupe, la théorie des biens de retour peut trouver à s'appliquer. En ce sens, le Conseil d'État considère que :

*« Si les règles [relatives à la théorie des biens de retour] ne trouvent pas à s'appliquer aux biens qui sont la propriété d'un tiers au contrat de concession, quand bien même ils seraient affectés au fonctionnement du service public et nécessaires à celui-ci, **il en va différemment dans le cas où, d'une part, il existe des liens étroits entre les actionnaires ou les dirigeants du propriétaire du bien et du concessionnaire, lesquels permettent de regarder l'un comme exerçant une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de l'autre ou de regarder l'un et l'autre comme étant placé sous le contrôle d'une même entreprise tierce et, d'autre part, le bien, exclusivement destiné à l'exécution du contrat de concession, a***

¹¹⁶ Nicolas LABRUNE, concl. précitée.

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Idem.*

été mis par son propriétaire à la disposition du concessionnaire pour cette exécution. *Dans un tel cas, le propriétaire du bien doit être regardé comme ayant consenti à ce que l'affectation du bien au fonctionnement du service public emporte son transfert dans le patrimoine de la personne publique, dans les conditions précédemment énoncées. »¹¹⁹ [Nous soulignons]*

Puisqu'une telle solution est motivée par la préservation de la continuité du service public et qu'elle prévoit une indemnisation des biens non amortis au terme de la concession, il semble raisonnable d'estimer que l'ingérence au droit de propriété privée du tiers lié au concessionnaire soit jugée légale et proportionnée au but poursuivi d'intérêt général par la Cour européenne des droits de l'Homme, au regard de sa décision *Sarl Couttolenc Frères contre France*¹²⁰. Une question demeure : la Cour européenne des droits de l'Homme considèrera-t-elle, comme le Conseil d'État, que le secteur des casinos relève du service public ? Dans le cas contraire, si le principe dégagé par le Conseil d'État peut être validé par la Cour, une telle règle pourrait ne pas trouver application pour les concessions de casino. Il est permis aussi de se demander s'il ne conviendrait pas de prévoir un régime indemnitaire pour les contrats qui ont été signés sous l'empire d'un état de droit qui ne prévoyait pas une telle hypothèse.

2. Les conséquences de la décision Société électricité de Tahiti sur les provisions pour renouvellement

Biens de retour. Les provisions pour renouvellement des biens de retour constituent elles-mêmes des biens de retour. Le Conseil d'État s'est ainsi prononcé dans cette décision rendue à propos d'une « loi du pays » adoptée en Polynésie française. L'acte litigieux exigeait le retour dans le patrimoine des personnes publiques concédantes des investissements prévus pour le renouvellement des biens de retour, car ces derniers constituent un « *financement de l'autorité délégante* ». Par conséquent, « *les provisions qui demeurent non utilisées en fin de contrat doivent revenir au délégant* ». Le Conseil a considéré que cette loi du pays ne portait ni

¹¹⁹ CE, 17 juillet 2025, *Commune de Berck-sur-Mer*, précité.

¹²⁰ Cour EDH, 5 oct. 2023, *Sarl Couttolenc Frères c/ France*, n° 24300/20.

atteinte au régime des biens dans les concessions de service public ni à la liberté contractuelle et au droit de propriété.

Il a, en effet, considéré qu'il ne peut en aller autrement dans la mesure où il ressort des termes du contrat, que le cocontractant fût tenu de prévoir lesdites sommes permettant de réaliser, d'acquérir ou de renouveler les biens nécessaires au fonctionnement du service public. Il affirme que « *les sommes requises pour l'exécution des travaux de renouvellement des biens nécessaires au fonctionnement du service public qui ont seulement donné lieu, à la date d'expiration du contrat, à des provisions, font également retour à la personne publique. Il en va de même des sommes qui auraient fait l'objet de provisions en vue de l'exécution des travaux de renouvellement pour des montants excédant ce que ceux-ci exigeaient, l'équilibre économique du contrat ne justifiant pas leur conservation par le concessionnaire* »¹²¹.

Équilibre contractuel. Ainsi, les provisions pour renouvellement sont qualifiées de biens de retour en dépit du fait qu'il s'agisse de sommes d'argent et non de biens à proprement parler¹²². Le juge administratif va encore plus loin en indiquant que ces sommes doivent être retournées à l'autorité concédante, même si elles excèdent le montant requis dans le contrat pour renouveler les biens de retour. Le concessionnaire ne saurait se prévaloir de l'équilibre économique du contrat pour s'opposer à leur retour. Pour Jean-Baptiste Vila, « *c'est précisément (...) la conservation des provisions par le cocontractant qui aurait pu amener [le juge] à procéder à une requalification du contrat, car les provisions pourraient alors être considérées comme un mécanisme de garantie contre le risque* »¹²³. Il considère que la décision est quelque peu tardive, car la solution retenue était prônée par la Cour des comptes depuis la publication en 2000 de leur rapport sur les délégations de services publics locaux.

Généralité. Cela témoigne, s'il fallait encore une preuve, de l'attractivité de la catégorie des biens de retour, étendue désormais aux fonds prévus pour leur entretien et leur pérennité. Dans les jurisprudences antérieures, le juge administratif écartait la possibilité du retour des provisions pour renouvellement lorsqu'elles n'avaient pas été expressément indiquées par le contrat¹²⁴. L'extension de l'arrêt au-delà du contexte polynésien, compte tenu

¹²¹ CE, 18 oct. 2018, n°420097, cons. 5.

¹²² Frédéric LOMBARD, « Le statut des biens dans les contrats de concession : l'extension de la catégorie des biens de retour et le respect des droits financiers du cocontractant », *RTD Com.*, 2019, p. 347.

¹²³ Jean Baptiste VILA, « Les contrats de DSP et la problématique des provisions pour renouvellement », *JCP A*, n° 18-19, 2019, 2130.

¹²⁴ CE, 23 déc. 2009, n° 305478, *Société des Pompes funèbres OGF* ; TA Grenoble, 24 janv. 2012, n° 0802257 ; CAA Nantes, 31 oct. 2014, n° 13NT00699, *Société CEP-A Port Guillaume*.

de « *la généralité de la rédaction retenue* », a été confirmée par des juridictions du fond¹²⁵. Le Conseil d'État a d'ailleurs affirmé dans l'arrêt que la loi du pays ne se bornait qu'à tirer les conséquences des règles qui découlent du régime des concessions de service public.

À travers sa décision, le Conseil d'État réaffirme que la notion de biens de retour tient également compte des biens meubles. Toutefois, la qualification de biens meubles en biens de retour n'est pas « sans quelques contrariétés ». Christophe Roux estime, en effet, que « *le lien entre « biens de retour » et domaine public s'étirole dès lors que les biens en question ne remplissent pas – loin de là – les critères de l'étriqué article L. 2112-1 du CGPPP relatif au domaine public mobilier* »¹²⁶.

C. L'hypothèse de l'élargissement de la théorie des biens de retour aux autres contrats publics

Limitée. La répartition tripartite des biens ne figure que dans les dispositions spécifiques aux concessions dans le Code de la commande publique. Il ne saurait s'agir d'un oubli du législateur délégué, car comme l'écrit Christophe Roux, « *le codificateur n'a jamais eu peur des doublons et, vraisemblablement, s'il avait souhaité l'étendre aux marchés publics, il ne s'en serait pas privé* »¹²⁷. La question de son extension aux autres contrats administratifs se pose.

Fondements. Pour mieux appréhender l'hypothèse de l'extension de la théorie des biens de retour, il convient, au préalable, d'indiquer qu'elle a pour fondements d'une part, la continuité du service public et d'autre part, « *l'esprit du contrat de concession dans le cadre duquel elle est née* »¹²⁸. En effet, un bien nécessaire au fonctionnement du service public doit retourner dans le patrimoine de la personne publique afin de préserver la continuité du service public. En outre, la concession étant un moyen pour l'administration de se doter d'ouvrages

¹²⁵ TA Poitiers, 11 sept. 2019, n° 1702196, *Société SAUR*.

¹²⁶ Christophe ROUX, « Le retour des provisions : première application de la jurisprudence Électricité de Tahiti », *JCP A*, n° 42, 21 oct. 2019, 2286.

¹²⁷ Christophe ROUX, « Commune de Douai, 10 ans après : bien des interrogations en retour... », *JCP A*, 2023, n° 2048.

¹²⁸ Hélène HOEPFFNER, « La théorie des biens de retour en dehors des concessions de service public », *AJDA*, 2022 p. 2291.

publics fonctionnels pour l'accomplissement de ses missions, les biens conçus dans son cadre doivent logiquement y demeurer¹²⁹. Le concessionnaire n'est que l'exploitant de ces ouvrages.

L'extension de la théorie aux contrats qui entretiennent un lien avec le service public est donc possible.

Dans les marchés publics, la théorie pourrait naturellement être entendue aux marchés publics de services publics. Ces marchés, en ce qu'ils ont pour objet la gestion d'un service public, ont recours à des biens qui sont nécessaires au fonctionnement du service public. La justification constitutionnelle de la théorie des biens de retour, à savoir le principe de continuité au service public, s'applique aisément¹³⁰. De plus, « *il n'est pas rare de voir les parties à de tels marchés s'entendre sur le partage des biens supports de la mission et, le cas échéant, sur une appropriation publique ab initio ou, en fin de contrat, préférentielle* »¹³¹. Toutefois, l'extension de la théorie des biens de retour à ces contrats semble compromise dans la mesure où le caractère d'ordre public du régime des biens de retour ne prévaut que dans le cadre concessif¹³². De ce fait, il ne pourrait pas s'appliquer si le contrat en dispose autrement¹³³. La liberté contractuelle prime en la matière¹³⁴.

Contrats dépourvus de lien avec le service public. En ce qui concerne les contrats dépourvus de lien avec le service public à savoir les marchés et les concessions de services ou de travaux, l'extension de la répartition tripartite des biens ne serait admise que pour ceux d'entre eux qui ont une « *durée significative* »¹³⁵. Par ailleurs, pour qu'une telle extension soit possible, il conviendrait, selon Hélène Hoepffner, de détacher la théorie des biens de retour de la notion de service public¹³⁶. Ainsi, elle viserait non plus à protéger les biens favorisant la continuité du service public, mais tous les biens permettant la continuité de « *l'action publique et/ou l'affectation d'un bien à l'usage direct du public* »¹³⁷. Ces biens auront en commun de faire partie d'un « *fonds administratif* », selon l'expression de Benoît Schmaltz,

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ CAA Nantes, 10 janv. 2014, n° 11NT03077, *SMITRED Ouest d'Armor*.

¹³¹ Christophe ROUX, « Commune de Douai, 10 ans après : bien des interrogations en retour... », *art. cit.*

¹³² *Idem.*

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Idem.*

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ Hélène HOEPPFNER, *art. cit.*

¹³⁷ *Idem.*

c'est-à-dire de l'ensemble de moyens au service de l'activité administrative qui sont nécessaires à sa réalisation¹³⁸.

Dans les marchés de partenariat, les biens nécessaires au fonctionnement du service public ne sont pas considérés comme des biens de retour. Il revient aux parties de déterminer le sort de ces biens dans le contrat¹³⁹. Jean-François Lafaix estime cependant qu'« *il est toutefois raisonnable de penser que les clauses du contrat doivent préserver la continuité du service public et prévoir, au profit de l'Administration, la disponibilité des biens nécessaires au service public, sous peine d'enfreindre les exigences constitutionnelles relatives à la continuité du service public* »¹⁴⁰.

§III. L'appréhension des biens dans les conventions domaniales

L'accent est porté sur les biens de l'occupant et du sous-occupant du domaine public (A.), ainsi que sur le sort de ces biens en cas de renouvellement successif du titre d'occupation du preneur (B.).

A. Les biens de l'occupant et du sous-occupant

Accession. En principe, les biens réalisés par l'occupant du domaine public appartiennent, à l'issue du contrat d'occupation, à l'autorité contractante propriétaire du foncier, eu égard à la règle de l'accession¹⁴¹. C'est d'ailleurs le cas dans les baux emphytéotiques administratifs¹⁴². La règle de l'accession a donc été neutralisée par le juge administratif au profit du principe suivant lequel la personne publique est fondée à demander à l'occupant de démolir les ouvrages réalisés à la fin du contrat. Dans le cas où elle refuse de le leur demander, le

¹³⁸ Benoît SCHMALTZ, *Les personnes publiques propriétaires*, Thèse dactyl., Université Jean Moulin Lyon 3, 2014.

¹³⁹ CCP, art. L. 2213-13.

¹⁴⁰ Jean-François LAFaix, « Fin des contrats administratifs », *JCl. Administratif*, Fasc. 795, 2021.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² Code rural, art. L. 451-7 ; CGCT, art. L. 1311-2.

maintien des biens ne pourrait donner lieu à une quelconque indemnisation au profit de l'occupant¹⁴³.

La solution retenue par la jurisprudence administrative est désormais codifiée à l'article L. 2122-9 du CGPPP en ce qui concerne le domaine public étatique. Aux termes de ces articles :

« À l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition. Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'État, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques. »

Lien avec le service public. En revanche, les installations superficielles réalisées sur le domaine public appartiennent à l'occupant ordinaire du domaine public, lorsque ces constructions ne font pas l'objet d'une affectation au service public¹⁴⁴.

Il en est de même pour les biens du domaine privé. Le juge a notamment indiqué, dans un arrêt du 23 juillet 2014, que le régime des biens de retour ne peut être étendu aux occupations du domaine privé. En effet, le Conseil d'État a notamment considéré que les parties ne sauraient déduire d'une clause qui laisse le choix à l'occupant de démonter ou d'enlever les immeubles construits sur le domaine privé, qu'elle entend transférer la propriété de ces immeubles à la personne publique sauf en cas de « *renoncement explicite de la société (...) à exercer son droit d'enlèvement* » (considérant 4). Pour Gabriel Eckert, cela s'explique par le fait que « *les biens immobiliers réalisés dans le cadre de ces conventions de droit privé, dans l'intérêt de l'occupant privatif, ne sauraient être considérés comme nécessaires au service public et, à ce titre, être la propriété de la personne publique dès leur réalisation, sous la seule réserve des cas où le législateur a autorisé la constitution de droits réels sur le domaine public ou le domaine privé* ».

¹⁴³ CE, 20 mai 1927, n° 78152, *Fabre* : Lebon, p. 581-582.

¹⁴⁴ CE, 7 juin 2010, n° 320188, *Liquidateur judiciaire de la Société Neuville Foster Delaunay Belleville* ; CE, 21 avr. 1997, n° 147602, *Ministre du Budget c/ Société Sagifa*.

La personne privée étant le propriétaire actuel des biens, c'est à elle qu'il revient de s'acquitter de la taxe foncière. La règle de l'accession (Code civil, art. 555), le juge précise qu'elle ne prend effet « *qu'à l'expiration du bail* ».

Biens de la sous-occupation. Entendue au sens large, cette catégorie de biens regroupe les « *biens du domaine public mis à la disposition du sous-occupant* », des « *biens construits par l'occupant principal du domaine public* » exploité par le sous-occupant et des « *biens édifiés par le sous-occupant lui-même* »¹⁴⁵. La propriété, en ce qui concerne la première sous-catégorie, ne pose pas de difficultés. Pour ce qui est de la deuxième catégorie, la question a été traitée dans le paragraphe précédent. En revanche, un flou demeure en ce qui concerne la troisième sous-catégorie. La jurisprudence à ce sujet est peu rare. Il convient, cependant, de se référer à un arrêt du 15 mai 2017 rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille¹⁴⁶ a appliqué la théorie des biens de retour à la troisième catégorie lorsque la sous-occupation implique également une subdélégation du service public.

En dehors de ce cas, le juge a indiqué que la détermination du statut de ces biens peut être prévue par le sous-contrat. Toutefois, en l'absence de telles clauses, la question relative au statut de ces biens n'a, pour l'heure, pas été résolue par la jurisprudence¹⁴⁷. Il paraît impossible de déterminer si la propriété de ces biens reviendrait, à la fin normale du sous-contrat, à l'occupant principal ou à l'autorité gestionnaire du domaine¹⁴⁸.

B. Le sort de la propriété d'un bien lors d'une succession d'occupations

Successions. La question a été tranchée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Union de coopératives agricoles Epis-Centre-Nord* du 13 novembre 2013¹⁴⁹. Toutefois, la décision étant d'espèce, sa portée doit être relativisée. Il était notamment question du sort des ouvrages réalisés par les occupants privatifs du domaine public en cas de renouvellement de leur titre d'occupation. Il ressort de cet arrêt que la propriété des biens édifiés par l'occupant privatif du domaine public est maintenue en dépit de la succession d'autorisations. En l'espèce, plusieurs conventions d'occupation successives avaient été conclues entre l'occupant et la SNCF, puis

¹⁴⁵ Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, « Le sous-occupant du domaine public », *RFDA*, 2020, p. 59.

¹⁴⁶ CAA Marseille, 15 mars 2017, n°15MA03044, *Société Carilis*.

¹⁴⁷ Christophe ROUX, « le sort des biens construits par le sous-occupant du domaine public à l'expiration de son titre d'occupation », *JCP A*, 2017, n° 28, 2182.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ CE, 13 nov. 2013, n° 351530, *Union de coopératives agricoles Epis-Centre-Nord*.

RFF. Ces conventions stipulaient que l'occupant restait propriétaire des installations pendant la durée de la convention, et que le gestionnaire domanial accédait à la propriété à la fin du contrat, sauf demande de remise en état des lieux. Le Conseil d'État a considéré que les conventions successives avaient reconduit la convention initiale et que l'occupation n'avait jamais été interrompue.

Par conséquent, les autorités contractantes, à savoir la SNCF et RFF, n'étaient pas fondées à se prévaloir d'un droit de propriété sur les constructions réalisées et à réclamer la démolition des biens construits par le titulaire du domaine.

Pragmatisme. Le Conseil d'État aurait pu opter pour une autre approche, en considérant que l'autorité contractante est devenue propriétaire du bien, durant cet « *instant de raison juridique où l'occupant n'est titulaire d'aucun titre et où les immeubles construits sur la base de la précédente convention d'occupation sont susceptibles de s'incorporer au patrimoine du propriétaire du domaine occupé, par application de la règle de l'accession* »¹⁵⁰.

Toutefois, cette solution alternative aurait pêché par son juridisme et passé sous silence la commune intention des parties. En effet, Philippe S. Hansen note à cet effet que le choix d'une telle solution au détriment de l'approche pragmatique retenue aurait été « *source de confusion, non seulement pour ce qui concerne la question de la remise en état du domaine à l'issue des contrats comme dans l'affaire tranchée par le Conseil d'État, mais aussi en matière de calcul des redevances* »¹⁵¹.

§IV. Le cas spécifique de la propriété intellectuelle des biens meubles

Prise en compte. La prise en compte du droit de la propriété intellectuelle en matière de contrats publics s'est faite progressivement. Des clauses de propriété intellectuelle figuraient, en effet, dans les CCAG-MI, CCAG-PI et CCAG-TIC de 2009 avant une prise en compte plus grande dans les CCAG de 2021¹⁵². Hormis le CCAG MOE, les CCAG contiennent

¹⁵⁰ Philippe S. HANSEN, « Le sort des ouvrages réalisés par les occupants privatifs du domaine public en cas de renouvellement de leur titre », *JCP A*, 2014, n° 35.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² Éric POURCEL, « Droit de la propriété intellectuelle appliqué aux marchés publics », *JCl. Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 17, 2021.

des clauses de propriété intellectuelle quasi similaires. Les stipulations de ces documents généraux prônent la cession de droits de propriété intellectuelle des résultats du marché à l'acheteur. En revanche, dans le CCAG MOE, les droits sont concédés à la personne publique. En outre, le CCAG TIC de 2021 admet la possibilité pour le titulaire de céder de manière non exclusive des droits à l'acheteur sur les résultats. L'exploitation parallèle de ces résultats est donc possible. Toutefois, les CCAG étant dépourvus de valeur obligatoire, ils ne valent pour l'acheteur que s'il s'y réfère expressément. Il peut également se référer à un CCAG, tout en dérogeant à certaines de ses clauses.

Les liens entre droits de propriété intellectuelle et contrats publics sont renforcés par l'érection de l'innovation en objectif¹⁵³. Ainsi, les acheteurs peuvent-ils recourir désormais au partenariat d'innovation, prévu à l'article L. 2172-3 du CCP qui se définit comme « *un marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché* ».

La conciliation du droit de propriété intellectuelle avec les impératifs du droit public n'est pas toujours aisée. Le retour des biens dans le patrimoine de la personne publique peut, en effet, se heurter aux droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers¹⁵⁴.

Logiciels. Louis Rollet se demande notamment, « *comment traiter le cas dans lequel le contrat de concession aura prévu que la solution développée constitue un bien de retour et le contrat conclu par le concessionnaire avec le tiers (licence ou SaaS) n'aura au contraire, par nature, pas prévu le transfert du logiciel dans le patrimoine de l'autorité concédante ?* »¹⁵⁵. Ces cas pourraient se multiplier et donner lieu à des contentieux tant les personnes publiques ont pris l'habitude de faire figurer dans les clauses du marché des « *clauses qui ne reflètent pas la réalité du marché* »¹⁵⁶. En effet, l'acheteur peut exiger que les droits de propriété intellectuelle lui soient transférés dans les spécifications techniques du marché.

Or, la cession de droits d'exclusivité à l'autorité contractante est rarement possible. Cela dépend notamment des caractéristiques du logiciel. En effet, la cession est admise aisément pour les logiciels spécifiques, c'est-à-dire, ceux qui sont « *spécialement développés par le*

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ Louis ROULET, « Les biens de tiers dans les contrats de concession de service public », *AJDA*, 2019 p.1488.

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ *Idem.*

titulaire pour apporter une solution sur mesure aux besoins propres de l'acheteur » et difficilement concevables pour les logiciels standard, définis comme des « logiciel[s] conçu[s] par le titulaire ou un éditeur tiers, pour être fourni à plusieurs utilisateurs en vue de l'exécution d'une même fonction »¹⁵⁷. L'accès au code source d'un logiciel standard peut être difficilement admis par le titulaire.

En outre, le concepteur du logiciel peut se prévaloir du droit moral dont il dispose sur son œuvre pour s'opposer à l'altération du logiciel lorsqu'elle porte atteinte à son honneur ou à sa réputation¹⁵⁸. En ce sens, le contrat peut contenir une clause interdisant toute modification sans le consentement de l'auteur¹⁵⁹.

¹⁵⁷ CCAG-TIC, art. 2.

¹⁵⁸ Éric POURCEL, *art. cit.*

¹⁵⁹ *Idem.*

SECTION 2 : LES EFFETS DES CONTRATS PUBLICS SUR L'UTILISATION DES BIENS

Les effets des contrats publics sur l'utilisation des biens sont fonction de la nature du contrat. Les problématiques rencontrées en matière d'utilisation des biens dans les contrats de la commande publique (§I.) diffèrent de celles présentes dans les conventions domaniales (§II.).

§I. L'utilisation des biens dans les contrats de la commande publique

De nombreuses problématiques observées dans l'utilisation des biens sont communes à l'ensemble des contrats de la commande publique (A.). Des spécificités apparaissent pour les contrats de longue durée ayant pour objet l'exploitation d'un service (B.).

A. Les règles communes aux contrats de la commande publique

Dans les marchés publics et les contrats de concession, l'utilisation des biens publics emporte des obligations spécifiques pour le titulaire ou le concessionnaire en matière de garde, de mise à disposition et de réception partielle d'ouvrage (1.). Dans le même temps, et pour optimiser l'exécution de leurs contrats, ces derniers peuvent conclure des sous-contrats, sous la condition d'avoir, préalablement à la signature de ces sous-contrats, l'agrément de l'autorité contractante (2.). Pour autant, ces règles n'affectent que peu le statut du bien.

1. Les obligations liées à la garde, à la mise à disposition et à la réception partielle de l'ouvrage

Marchés et concessions. Ces obligations concernent à la fois les marchés publics classiques, les marchés globaux, les marchés de partenariat et les concessions. Les règles applicables en la matière aux marchés publics résultant des CCAG peuvent être transposées aux contrats de concessions lorsque les stipulations de ces contrats reprennent (en tout ou partie) les dispositifs prévus dans ces CCAG. Dans la présente étude, une attention particulière est portée sur les règles pertinentes des CCAG¹⁶⁰.

Fournitures. La garde des biens mobiliers est traitée dans le CCAG Fournitures courantes et services (CCAG-FCS). Elle est notamment mise en exergue lorsque les fournitures ne sont pas admises par l'acheteur. En ce sens, l'article 30.2 du CCAG-FCS précise qu'en cas d'ajournement des fournitures, c'est-à-dire « *lorsque l'acheteur estime que des prestations ne peuvent être admises que moyennant certaines mises au point* », « *les prestations ajournées, dont la garde dans les locaux de l'acheteur présente un danger ou une gêne insupportable, peuvent être immédiatement évacuées ou détruites, aux frais du titulaire, après que celui-ci en a été informé* ». De même, en cas de rejet, « *les prestations rejetées, dont la garde dans les locaux de l'acheteur présente un danger ou une gêne insupportable, peuvent être immédiatement évacuées ou détruites, aux frais du titulaire, après que celui-ci en a été informé* »¹⁶¹. Une insuffisance de sécurité pour les piétons et la nécessité que la fourniture soit manœuvrée par une personne habilitée ne sauraient caractériser un danger ou une gêne insupportable pour l'acheteur dès lors que les fournitures livrées répondent aux spécifications techniques exigées dans les documents du marché¹⁶². Il en aurait été autrement de la gêne résultant de fournitures non conformes aux prescriptions du marché¹⁶³. En effet, comme le souligne le tribunal administratif de Melun, ces dispositions « *ont pour but de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la bonne exécution des prestations et de prendre [...] une décision d'admission des prestations, d'ajournement, de réfaction du prix lorsqu'elles n'ont pas*

¹⁶⁰ L'hypothèse des contrats de concession prévoyant leur propre régime de garde, de mise à disposition ou de réception partielle, de réception sous ou avec réserve ne sera pas évoquée. Il conviendrait, pour cela, d'avoir accès à un nombre important de documents contractuels pour recenser les pratiques courantes en ce domaine. C'est pourquoi ce sujet est laissé à la discussion lors des enquêtes de terrain. Voir : Partie 2.

¹⁶¹ CCAG-FCS, art. 30.4.3.

¹⁶² TA Pau, 18 sept. 2023, *SARL ISR Innovations*, n° 2103357.

¹⁶³ CAA Bordeaux, 18 déc. 2018, *CIVIS*, n°s 16BX01071 et 16BX02074.

*été entièrement exécutées conformément aux stipulations du marché, ou une décision de rejet »*¹⁶⁴.

La décision d'ajournement ou de rejet doit être explicite. Ainsi, ne constitue pas une décision d'ajournement ou de rejet la simple communication par une autorité contractante de l'existence de dysfonctionnement accompagnée d'une proposition de réunion pour évaluer les conséquences de ces dysfonctionnements sur l'utilisation du bien¹⁶⁵. À défaut, l'acheteur ne peut valablement refuser de régler la facture du marché¹⁶⁶.

Toutefois, l'ajournement ou le rejet ne peut pas être prononcé par l'acheteur s'il a été informé par le titulaire des vices de la fourniture, dans un délai de 15 jours à compter de sa connaissance de ces vices, et s'il notifie au titulaire qu'il entend tout de même l'utiliser¹⁶⁷.

Travaux. La garde est également évoquée dans le CCAG-Travaux. Son article 10.4 dispose notamment que les éléments servant à la construction (matériaux, produits ou composants) demeurent la propriété de l'entrepreneur. L'entrepreneur est responsable de leur garde. Il est tenu de les remplacer en cas de dégât. L'article 26.1 du CCAG abonde dans ce sens en affirmant que *« lorsque le marché prévoit la fourniture par le maître d'ouvrage de certains matériaux, produits ou composants de construction, le titulaire, avisé en temps utile, les prend en charge à leur arrivée sur le chantier »*.

Plus loin, il est énoncé que le contrat peut mettre à la charge de l'entrepreneur, l'obligation de disposer de locaux permettant d'entreposer les biens dont la mise en magasin est nécessaire¹⁶⁸ et de les transporter sur le chantier, le cas échéant. L'article 26.6 conclut en indiquant que *« dans tous les cas, le titulaire a la garde des matériaux, produits et composants à partir de leur prise en charge [et] assume la responsabilité légale du depositaire »*. L'obligation de garde imputable au titulaire demeure en cas d'ajournement des travaux, moyennant une indemnité compensatrice¹⁶⁹.

¹⁶⁴ TA Melun, 23 mai 2024, *Société Sepur*, n° 1807848.

¹⁶⁵ CE, 24 nov. 2008, *Centre hospitalier de la Région d'Annecy*, n° 291539.

¹⁶⁶ CE, 23 avr. 2001, *SARL Bureau d'études techniques équipement rural et urbain*, n° 186424 ; CAA Lyon, 3 mai 2021, *Société Novasanit*, n° 21LY00323.

¹⁶⁷ CCAG-FCS, art. 30.5.

¹⁶⁸ CCAG-Travaux, art. 26.5.

¹⁶⁹ CCAG-Travaux, art. 53.1.1.

Garde du chantier. Par ailleurs, le CCAG-Travaux fait peser sur le titulaire du marché une obligation en ce qui concerne « *l'éclairage et le gardiennage de son chantier ainsi que sa signalisation tant intérieure qu'extérieure* » et « *la clôture de ses chantiers* »¹⁷⁰.

Mise à disposition. En outre, le CCAG-Travaux autorise le maître d'ouvrage à demander au titulaire de mettre à sa disposition un ouvrage ou une partie de celui-ci, avant son achèvement. Le maître d'ouvrage peut, sans que cela puisse être considéré comme une prise de possession de l'ouvrage, réaliser ou faire réaliser par des tiers des travaux différents de ceux réalisés dans le cadre du marché. En principe, la garde du bien mis à disposition ne relève pas du titulaire pendant la durée de l'opération.

Réception partielle. Le contrat peut fixer un délai d'exécution différent du délai d'exécution global pour réceptionner une « *tranche de travaux, un ouvrage ou une partie d'ouvrage* »¹⁷¹. La réception partielle constitue le préalable à la prise de possession de l'ouvrage inachevé. Elle a pour conséquence d'acter le « *le transfert de la garde des ouvrages* » au maître d'ouvrage¹⁷².

Réception provisoire. Les effets de la réception définitive ont été évoqués dans la section 1¹⁷³. L'accent sera ici porté sur les réceptions provisoires.

Types. La réception des ouvrages peut être assortie de réserves certaines ou éventuelles. Lorsque les réserves sont certaines, la réception est dite « *avec réserve* ». Ces réserves sont relatives aux imperfections et aux malfaçons auxquelles l'entrepreneur est tenu de remédier¹⁷⁴.

En revanche, la réception est qualifiée de « *sous réserve* » lorsque les réserves ne sont pas connues au moment de la réception. L'article 41.4 indique à cet effet que « *dans le cas où certaines épreuves doivent, conformément aux stipulations prévues par les documents particuliers du marché, être exécutées après une durée déterminée de service des ouvrages ou certaines périodes de l'année, la réception ne peut être prononcée que sous réserve de l'exécution concluante de ces épreuves* ». La réception est également dite sous réserve lorsque l'entrepreneur ne s'est pas acquitté de toutes les prestations attendues. La réception est admise, sous réserve de la réalisation de ces travaux dans un délai inférieur à 3 mois¹⁷⁵.

¹⁷⁰ CCAG-Travaux, art. 31.4.1.

¹⁷¹ CCAG-Travaux, art. 42-1.

¹⁷² CCAG-Travaux, art. 42.2.

¹⁷³ Voir *supra* : Section 1, §I, B.

¹⁷⁴ CCAG Travaux, art. 41.6.

¹⁷⁵ CCAG Travaux, art. 41.5.

La réception sous réserve se distingue de la réception avec réserve en ce qu'elle « *peut être entièrement remise en cause si les réserves émises ne sont pas levées* »¹⁷⁶. L'article 41.4 précise, en ce sens, que la réception doit être « *retirée* » si les épreuves, réalisées pendant le délai de garantie de parfait achèvement, s'avèrent non concluantes¹⁷⁷. L'entrepreneur est, en effet, tenu de se soumettre à son « *obligation de parfait achèvement* » en « *[procédant], le cas échéant, aux travaux confortatifs ou modificatifs, dont la nécessité serait apparue à l'issue des épreuves effectuées conformément aux stipulations prévues par les documents particuliers du marché* »¹⁷⁸.

Effets. Ces deux formes de réception sont provisoires. Toutefois, elles produisent les mêmes effets que les réceptions définitives. Il convient, en effet, de souligner que la réception, qu'elle soit avec réserve ou sous réserve, fait courir le délai de la garantie de parfait achèvement¹⁷⁹. Cela ressort de l'arrêt *Commune de Puget-Ville* rendu par le Conseil d'État le 13 décembre 2024¹⁸⁰. On aurait pu croire que la réception avec ou sous réserve, en ce qu'elle est provisoire, suspend le départ du délai de la garantie de parfait achèvement. Le Conseil d'État n'est pas de cet avis, dans la mesure où il considère que :

« sauf stipulations contraires du contrat, la réception des travaux, même lorsqu'elle est prononcée avec réserves en application des stipulations de l'article 41.6 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux ou sous réserve de l'exécution concluante d'épreuves ou de l'exécution de prestations en application des stipulations des articles 41.4 ou 41.5 du même cahier, fait courir le délai de garantie de parfait achèvement à compter de la date d'effet de cette réception telle que prévue par l'article 41.3 du même cahier. »

Pour Marion Ubaud-Bergeron, « *il peut paraître gênant de faire courir ce délai à la réception, car il peut conduire à ce que les travaux de reprise pour faire lever les réserves ne soient pas couverts par la garantie de parfait achèvement qui aura déjà commencé à courir dès*

¹⁷⁶ Lucienne ERSTEIN, « Marchés publics – Achèvement de la phase d'exécution », Fasc. 635, *JCl. Collectivités territoriales*, 2022.

¹⁷⁷ CCAG-Travaux, art. 41.4.

¹⁷⁸ CCAG-Travaux, art. 44.1.

¹⁷⁹ Mathias AMILHAT et Davy MIRANDA, « Réception », Fasc. 100, *JCl. Cts et MP*, 2024.

¹⁸⁰ CE, 13 déc. 2024, *Commune de Puget-Ville*, n° 489720.

la réception »¹⁸¹. Le juge aurait en effet pu désigner la levée des réserves comme le déclencheur du délai de cette garantie. Toutefois, la position du Conseil d'État semble justifiée au regard de la « *la lettre même* » de l'article 1792-6 du Code civil et à l'article 44.1 du CCAG-Travaux¹⁸². En outre, cette position s'explique par le fait que l'écoulement du délai de garantie ne signifie pas la levée des réserves¹⁸³ et que ce délai peut d'ailleurs être prolongé en ce qui concerne les réserves formulées pendant le délai de garantie¹⁸⁴.

En outre, il convient de souligner que la jurisprudence administrative considère que la garantie de parfait achèvement concerne à la fois les « *désordres ayant fait l'objet de réserves dans le procès-verbal de réception* » et « *ceux qui apparaissent et sont signalés dans l'année suivant la date de réception* »¹⁸⁵.

Marchés de droit privé. L'ensemble de ces dispositifs n'est pas spécifique aux contrats administratifs et se retrouve dans les contrats de droit privé de la commande publique. En effet, la garde de l'ouvrage est transférée dans les contrats de droit privé à l'entrepreneur en charge des travaux¹⁸⁶ jusqu'à la réception par le maître d'ouvrage. D'ailleurs, la réception partielle est admise par la Cour de cassation dans les marchés privés¹⁸⁷, éventuellement par lots¹⁸⁸. Le principe d'unicité de la réception s'oppose, toutefois, à une réception partielle au sein d'un même lot¹⁸⁹, sachant que la juridiction judiciaire peut percevoir, dans des marchés privés non allotis, des lots dans un ensemble cohérent de parties d'ouvrages ou de travaux indépendants¹⁹⁰. S'agissant de la mise à disposition d'un ouvrage au maître d'ouvrage avant réception, le contrat de droit privé peut renvoyer aux CCAG et, de ce fait, produire des effets en droit privé¹⁹¹.

Effets relatifs sur le statut des biens publics. Les obligations de garde ou de mise à disposition de l'ouvrage n'emportent, *a priori*, que peu de conséquences sur le statut d'un bien public. La mise à disposition, en pratique, peut tout de même questionner puisque, si

¹⁸¹ Marion UBAUD-BERGERON, « Quel est le point de départ du délai de garantie de parfait achèvement en cas de réception « sous réserve » ? », *Ctts et MP*, 2025, n° 3, comm. 63.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ CE, 26 janv. 2007, *Société Mas Entreprise générale*, n° 264306.

¹⁸⁴ Marion UBAUD-BERGERON, *art. cit.*

¹⁸⁵ CE, 17 mars 2004, *Commune de Beaulieu-sur-Loire*, n° 247367 ; CE, 9 juill. 2010, *Commune de Lorry-lès-Metz*, n° 310032 ; CE, 29 sept. 2014, *Commune de Nantes*, n° 370151.

¹⁸⁶ Cass., Civ. 3e, 14 déc. 2017, 16-25.652.

¹⁸⁷ Cass., Civ. 3e, 16 nov. 2010, n° 10-10.828 ; Cass., Civ. 3e, 21 juin 2011, n° 10-20.216 ; Cass., Civ. 3e, 23 sept. 2014, n° 13-18.183.

¹⁸⁸ Cass., Civ. 3e, 5 nov. 2020, n° 19-10.724.

¹⁸⁹ Cass., Civ. 3e, 2 févr. 2017, n°14-19.279.

¹⁹⁰ Cass., Civ. 3e, 16 mars 2022, n° 20-16.829.

¹⁹¹ Cass., Com., 29 janv. 2025, n°23-20.784 ; Cass., Com., 29 janv. 2025, n°23-20.784.

le bien avait été réceptionné par la personne publique maître de l'ouvrage, ce bien pourrait basculer dans le domaine public dès lors qu'il est affecté à l'utilisation directe du public ou nécessaire au fonctionnement d'un service public. La réception partielle, quant à elle, peut produire des effets similaires à cette mise à disposition, à la différence, qu'ici, le transfert de propriété est effectif.

2. L'octroi de sous-contrats liés aux biens

Identification. Les contrats administratifs sont, en principe, conclus en considération de la personne¹⁹². Le contrat doit être exécuté par l'opérateur économique auquel il est attribué¹⁹³. Toutefois, le cocontractant de l'administration a la possibilité de recourir à des tiers pour l'exécution de certaines de ses prestations¹⁹⁴. Un tel assouplissement a notamment, pour but, de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à la commande publique¹⁹⁵.

On désigne par le terme générique de « sous-contrat », le « *contrat conclu par le titulaire d'un contrat principal avec un tiers ayant pour objet de lui confier une partie de ses prestations objet du contrat principal* »¹⁹⁶.

Le droit de la commande publique compte un certain nombre de sous-contrats liés aux biens. En matière de marchés publics et de contrats d'entreprise (relevant du droit privé), le titulaire du marché peut solliciter l'intervention d'un tiers et conclure avec ce dernier un sous-contrat qualifié de contrat de « sous-traitance »¹⁹⁷. La sous-traitance se définit comme « *l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur* »¹⁹⁸ (ou, dans le cas des contrats d'entreprise, le maître d'ouvrage¹⁹⁹). Les prestations sous-traitées doivent être similaires à l'objet du marché conclu entre le titulaire et le maître d'ouvrage²⁰⁰. Toutefois, l'article L. 2193-3 du Code de la

¹⁹² Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 4^e édition, Dalloz, 2024, p. 637.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 637.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 638.

¹⁹⁵ Laurent RICHER et François LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 13^e édition, LGDJ, 2024, p. 660.

¹⁹⁶ Hélène HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 638.

¹⁹⁷ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, art. 1^{er}.

¹⁹⁸ CCP, art. L2193-2.

¹⁹⁹ Loi n° 75-1334 précitée, art. 1^{er}.

²⁰⁰ Laurent RICHER et François LICHÈRE, *op. cit.*, p. 660.

commande publique offre à l'acheteur, en son alinéa 2, la possibilité d'« *exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire* ».

En ce qui concerne les concessions, le sous-contrat n'est pas défini par les textes. Il est désigné par la doctrine et par la jurisprudence par le terme « *sous-concession* » qui renvoie à l'ensemble des contrats conclus par le concessionnaire, dans le cadre de la concession²⁰¹.

Par ailleurs, il convient de relever que les directives n'utilisent que le terme de « sous-traitance » pour désigner l'ensemble des sous-contrats²⁰².

Agrément. L'autorité contractante doit agréer préalablement le sous-contractant ainsi que ses conditions de paiement²⁰³. Ce préalable est requis, même si le contrat est muet sur ce point²⁰⁴. L'absence d'agrément est susceptible d'entraîner la nullité du sous-contrat²⁰⁵ et la prise de sanctions à l'encontre du cocontractant de l'administration²⁰⁶. L'administration dispose aussi d'un droit d'information et de contrôle sur le sous-contractant²⁰⁷.

Contrat de droit privé. Toutefois, le sous-contractant reste un tiers vis-à-vis du contrat initial. Le sous-contrat est en règle générale un contrat de droit privé, sauf si les critères organiques et matériels de qualification des contrats administratifs sont remplis²⁰⁸. Il n'est pas fondé à invoquer les clauses contractuelles lorsque ces dernières ne révèlent pas un caractère réglementaire²⁰⁹, ne figurent pas dans le contrat de sous-concession ou ne constituent pas des dérogations au principe de l'effet relatif des contrats²¹⁰. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a-t-elle exclu la possibilité pour un sous-concessionnaire disposant d'une aire d'autoroute d'invoquer les clauses du contrat de concession d'autoroute qui imposent au concessionnaire de procéder à des travaux d'extension des aires²¹¹.

²⁰¹ Hélène HOEPPFNER, *op. cit.*, p. 639.

²⁰² Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics, art. 71 et Dir. 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession, art. 42.

²⁰³ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, art. 3 (valable également pour les contrats de droit privé) ; Laurent RICHER et François LICHÈRE, *op. cit.*, p. 662.

²⁰⁴ Hélène HOEPPFNER, *op. cit.*, p. 647.

²⁰⁵ CE, 9 juill. 1924, *Société Le secteur électrique de la vallée de l'Auge*, Rec. 656.

²⁰⁶ CE, 12 avr. 1935, *SA Distribution d'électricité*, Rec. 515.

²⁰⁷ Voir : CCP, art. R3134-1 et R3134-2.

²⁰⁸ Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances, « La sous-traitance », fiche technique, 2019, disponible en ligne à l'adresse suivante :

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marchés_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/exécution-marchés/sous-traitance-2019.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/exécution-marchés/sous-traitance-2019.pdf).

²⁰⁹ Voir : CE, Sect., 11 juill. 2011, *Gilles*, n° 339409 ; CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet*, n° 360904.

²¹⁰ Gabriel ECKERT, « Effet relatif du contrat de concession et protection du sous-concessionnaire », *Cts et MP*, n° 4, avril 2022, comm. 116.

²¹¹ CAA Bordeaux, 13 janv. 2022, *SAS Picoty Autoroutes*, n° 20BX00145.

Absence d'effets sur le statut des biens. Dans le cadre de l'utilisation des biens publics, le droit pour le titulaire ou le concessionnaire de conclure des sous-contrats n'affecte nullement le statut d'un tel bien par lui-même. Ce sont les clauses du contrat principal qui, *in fine*, produisent des conséquences sur la nature et la propriété du bien puisque le sous-contrat n'existe que pour confier une partie de l'exécution du contrat principal²¹². Même si le terme du sous-contrat coïncidait avec celui du contrat principal, la mutation éventuelle du statut du bien résulte du contrat principal (par exemple par une réception, partielle ou non, d'un ouvrage). Dans un tel cas, et de manière fictive, une installation réalisée par un sous-traitant privé et réceptionnée par le titulaire d'un marché public de travaux demeure un bien privé sous la garde du titulaire. Ce n'est qu'au moment de la réception par le maître d'ouvrage public que le bien devient un bien public et peut, s'il en remplit les conditions, intégrer son domaine public. Dès lors, le sous-contrat ne fera que transférer la propriété du bien privé au titulaire qui, ensuite, le livrera à l'autorité contractante²¹³.

Synthèse. En définitive, l'utilisation des biens publics lors de l'exécution des contrats de la commande publique ne semble pas liée à leur statut au regard des dispositifs de garde, de mise à disposition et de réception partielle de l'ouvrage, ainsi que de la conclusion de sous-contrats. En revanche, le statut d'un bien public emporte des conséquences spécifiques aux contrats de concessions et aux marchés de partenariat s'agissant des obligations fiscales et de l'entretien et de la maintenance du bien.

B. Les problématiques spécifiques aux contrats de concession et aux marchés de partenariat

Les concessionnaires et les titulaires de marchés de partenariat ont des obligations en matière fiscale (1.) et d'entretien et de maintenance des biens (2.).

²¹² S'agissant des contrats de concession et de l'effet relatif des contrats vis-à-vis de la qualification de biens de retour, voir : CE, Sect., 29 juin 2018, *Vallée de l'Ubaye*, n° 402251.

²¹³ Dans le cadre de la livraison de fournitures par un sous-traitant, le raisonnement est également valable. Au moment de la réception du bien par l'autorité contractante, ce n'est pas le sous-contrat qui produit le transfert de propriété (en raison de l'effet relatif des contrats qui ne lie, sauf exception, que le titulaire du marché et le sous-traitant), mais bel et bien le contrat principal (le marché public de fournitures).

1. Le paiement des charges fiscales

Redevable. Il ressort de l'article 1400 du Code général des impôts (CGI) que « *toute propriété, bâtie ou non bâtie, doit être imposée au nom du propriétaire actuel* ». La détermination du propriétaire du bien est donc essentielle pour les services fiscaux.

Propriété et biens de retour. En ce sens, la notion de biens de retour vue précédemment²¹⁴ n'est pas sans incidence sur le régime fiscal des biens de la concession. En principe, la personne publique est tenue de s'acquitter de la taxe foncière sur les biens réalisés par le concessionnaire qui sont nécessaires au fonctionnement du service public²¹⁵.

La théorie des biens de retour servait, à l'origine, à « *identifier le redevable légal de la taxe foncière grevant les biens exploités dans le cadre d'une concession* »²¹⁶. La personne publique étant propriétaire *ab initio* de ces biens, elle est tenue de s'acquitter de la taxe foncière sur les biens réalisés par le concessionnaire qui sont nécessaires au fonctionnement du service public²¹⁷. L'arrêt *CCI de Béthune*²¹⁸ a permis d'affirmer que l'autorité contractante était bien celle qui devait s'acquitter de la taxe foncière en ce qui concerne les biens de retour. Les taxes sur les biens propres et les biens de reprise relèvent, pour leur part, du concessionnaire. Toutefois, l'obligation concernant les biens de retour peut être transférée contractuellement au concessionnaire²¹⁹. Un certain nombre de contrats de concession dispose, en effet, de clauses faisant peser sur le concessionnaire le paiement effectif de la taxe foncière²²⁰. Le concessionnaire a, dans cette hypothèse, la garde des biens durant l'exécution du contrat. À cet effet, l'administration fiscale comme le juge de l'impôt peuvent être conduits à examiner le contrat de concession, aux fins d'identifier les biens de retour et les clauses répercutant sur le concessionnaire la charge fiscale. Au-delà, le juge a entendu nuancer sa

²¹⁴ Voir : Section 2, § II, A.

²¹⁵ François BRENET, « Nouvelle illustration de l'effet attractif des biens de retour : le cas des biens dont le concessionnaire de service public était propriétaire avant la passation du contrat », *Dr. Adm.*, n° 12, 2018, comm. 59.

²¹⁶ Marie-Cécile CLÉMENCE, « La théorie des biens de retour : enjeux juridiques et fiscaux », *AJCT*, 2014, p. 445 ; voir en ce sens, CE, 28 juin 1889, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, *Revue générale du droit on line*, 1889, n° 60388 ; CE, 12 nov. 1897, *Société nouvelle du casino municipal de Nice*, Lebon, p. 685.

²¹⁷ François BRENET, *art. cit.*

²¹⁸ CE, 27 févr. 2013, *Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État c. Chambre de commerce et d'industrie de Béthune*, n° 337634.

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ François BRENET, *art. cit.*

position en admettant que, en vertu de l'article 1400, II du Code général des impôts²²¹, la charge revient au concessionnaire lorsqu'il dispose de droits réels, puisqu'en ce cas, il est propriétaire des installations qu'il a construites et pour lesquelles il s'est vu octroyer des droits réels.

CVAE. Comme son nom l'indique, la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises a pour base d'imposition la valeur ajoutée produite par les entreprises. Elle s'obtient en déduisant du chiffre d'affaires réalisé, les charges. Au titre de ces charges, il convient de compter les charges de location de biens corporels de moins de 6 mois qui ne résultent pas d'un crédit-bail. Ces charges sont assimilables aux services extérieurs²²².

Dans le cadre des délégations de service public donnant lieu à l'occupation du domaine public, le Conseil d'État a, cependant, considéré que l'occupant doit tenir compte, dans le calcul de la CVAE, de la part de redevance versée en contrepartie de la location des biens. Cette dernière ne constitue pas, en effet, une charge déductible, contrairement à celle versée au titre des frais de contrôle²²³.

Marchés de partenariat. L'article 1382, 1° bis du Code général des impôts dispose que : « *Pendant toute la durée du contrat et dans les mêmes conditions que celles prévues au 1°, les immeubles construits dans le cadre de contrats de partenariat (...), et qui, à l'expiration du contrat, sont incorporés au domaine de la personne publique conformément aux clauses de ce contrat* ». Les titulaires de marchés de partenariat sont par conséquent exonérés du paiement de la taxe foncière sur les biens édifiés qui sont affectés à un service public, sont d'utilité générale et ne sont pas productifs de revenus pour la personne publique propriétaire. Cette dernière condition implique, *a contrario*, que les biens qui produisent des revenus au profit du cocontractant de l'administration fassent, eux aussi, l'objet d'une exonération²²⁴.

Il en va de même pour les biens immobiliers réalisés dans le cadre du marché de partenariat au profit de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs groupements en ce qui concerne les sommes à reverser à la commune ou à son groupement pour la taxe

²²¹ CGI, art. 1400 – II : « *Lorsqu'un immeuble est grevé d'usufruit ou loué soit par bail emphytéotique, soit par bail à construction, soit par bail réel solidaire, soit par bail à réhabilitation ou fait l'objet d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive d'un droit réel, la taxe foncière est établie au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote, du preneur à bail à construction ou à réhabilitation, du preneur du bail réel solidaire ou du titulaire de l'autorisation* ».

²²² CGI, art. 1586, 1, 4 sexies.

²²³ CE, 24 févr. 2020, *Ministre de l'Action et Comptes publics c. Société Elior Orsay*, n° 433881.

²²⁴ Lucienne ERSTEIN, « Marchés de partenariat », Fasc. 590, *JCl. Collectivités territoriales*, 2021.

d'aménagement²²⁵ et pour ce qui est de la redevance d'archéologie préventive²²⁶ et des taxes grevant les immeubles de bureaux en Île-de-France²²⁷.

Autres contrats. Par ailleurs, en matière de marchés publics de travaux, il convient de noter que l'indemnité, versée par le concessionnaire pour les désordres affectant un bien immobilier affecté à une activité non soumise à la TVA, doit comprendre la TVA²²⁸. Le juge administratif a notamment affirmé que la TVA était inhérente au coût des travaux. Par conséquent, elle doit être comprise dans l'indemnité dont est tenu de s'acquitter le constructeur²²⁹. Il revient à l'opérateur économique qui refuse de s'acquitter de cette taxe, de démontrer, preuve à l'appui, que l'activité pour laquelle l'ouvrage a été bâti, est assujetti à la TVA et ne relève pas des activités exemptées, prévues à l'article 256 B du Code général des impôts²³⁰.

2. L'entretien et la maintenance des équipements et des ouvrages

Concessions. Le concessionnaire finance et exploite l'infrastructure à ses risques et périls sur la durée du contrat. L'obligation de retour des biens nécessaires au fonctionnement du service public en fin de concession suppose leur maintenance régulière ou leur remplacement. En cela, le statut du bien influence les obligations contractuelles d'un contrat de concession. Une collectivité est alors fondée à prévoir dans un contrat de concession, une clause stipulant que le mauvais état des biens de retour, lorsqu'il est dû à leur défaut d'entretien, peut donner lieu à l'émission d'un « *titre de perception à l'encontre de son concessionnaire afin de mettre à sa charge le montant des réparations nécessaires* »²³¹.

La responsabilité du concessionnaire d'autoroutes peut être recherchée en cas de défaut d'entretien normal de l'ouvrage public. Le régime de responsabilité est celui de la faute simple présumée : il revient, par conséquent, au concessionnaire de fournir la preuve permettant de

²²⁵ C. urb., art. L. 331-7 et R. 331-4.

²²⁶ C. urb., art. L. 524-3, 1^o.

²²⁷ C. urb., art. L. 520-1 et L. 520-6, 2^o.

²²⁸ Caroline CHAMARD-HEIM, « Un an de fiscalité des contrats publics », *Cfts et MP*, 2022, n^o 6, chron. 3.

²²⁹ CE, 29 janv. 1982, *SA des Docks lorrains*, n^o 13690 ; CE, 19 avr. 1991, *SARL Cartigny*, n^o 109322 ; CE, avis, 19 déc. 2022, *Commune de Pérols*, n^o 462156.

²³⁰ CAA Lyon, 22 juin 2023, *Communauté d'agglomération de l'ouest rhodanien*, n^o 21LY00768.

²³¹ CAA Marseille, 1^{er} juill. 2024, n^o 23MA02210.

renverser cette présomption²³². La Cour administrative d'appel de Toulouse a ainsi considéré que la preuve de l'entretien normal d'une autoroute ne différerait pas de celle d'une route ordinaire²³³. On ne saurait en effet imposer au concessionnaire de surveiller continuellement la voie, en dépit de la densité de la circulation²³⁴.

Marchés de partenariat. L'entretien et la maintenance font partie de l'objet même des marchés de partenariat. Ils ont cependant connu un déclassement depuis la réforme intervenue en 2015. En effet, l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat abrogé incluait l'entretien et la maintenance dans l'objet principal du titulaire du contrat de partenariat au même titre que la construction, l'exploitation ou le financement. Depuis l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, « *le marché de partenariat peut donc porter uniquement sur la construction d'ouvrages sans inclure leur entretien et leur maintenance* »²³⁵.

L'entretien et la maintenance des ouvrages réalisés sont désormais rangés au rang des éléments subsidiaires pouvant être confiés au titulaire d'un marché de partenariat au titre de sa mission globale. Au-delà de « *la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement* », l'article L1112-1 du Code de la commande publique indique également que « *cette mission globale peut en outre comprendre : (...) « 2° l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments* » [Nous soulignons].

Dans ces marchés, la maintenance occupe une place essentielle. L'exigence de maintenance permet à l'administration de s'assurer que l'ouvrage réalisé et exploité pendant plusieurs décennies puisse lui revenir en bon état et que sa rénovation soit particulièrement difficile et coûteuse en cas de sous-entretien.

Les anciens contrats de partenariat ont fait l'objet de critiques acerbes eu égard aux « *charges de maintenance qu'ils induisaient par rapport à un marché de conception-réalisation dont la maintenance aurait été externalisée dans le cadre d'un marché de gestion déléguée*

²³² Étienne MULLER, « Preuve par le concessionnaire de l'absence de défaut d'entretien normal d'une autoroute », *Ctts et MP*, 2023, n° 1, comm. 19.

²³³ CAA Toulouse, 18 oct. 2022, *Société GCATRANS*, n° 20TL03429.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ Gabriel ECKERT, « Le périmètre des marchés de partenariat », *Ctts et MP*, 2015, dossier 11.

équivalent »²³⁶. L'entretien des établissements pénitentiaires a notamment cristallisé la question. Le rapport pour l'année 2023 du contrôleur général des lieux de privation abonde dans ce sens²³⁷. Plusieurs options ont été envisagées pour pallier cette difficulté. La dernière en date est celle de la cinquième génération des marchés de gestion déléguée. Elle admet que l'administration puisse « *déléguer intégralement la maintenance au titulaire du contrat, ce qui limite ce risque d'évitement, assure un renouvellement des équipements au cours de l'exécution du contrat et donc limite les charges post-contractuelles pesant sur l'administration* »²³⁸.

Marchés publics de travaux. La maintenance constitue une prestation accessoire. Elle modifie la nature du marché si elle constitue son objet principal. Le marché public de travaux dont la valeur de la prestation de maintenance de l'ouvrage réalisé excède celle des travaux est considéré, par le juge, comme un marché de service²³⁹.

La prestation de maintenance peut être confiée à un titulaire autre que celui en charge des travaux, en vertu du principe de l'allotissement qui prévaut dans les marchés publics. Il ressort du CCAG-Travaux, une obligation pour l'entrepreneur de transmettre un certain nombre de documents afin de permettre la maintenance des ouvrages. L'article 40.1 dispose à cet effet que :

*« Outre les documents qu'il est tenu de fournir avant ou pendant l'exécution des travaux [...], le titulaire remet au maître d'œuvre, lorsqu'il demande la réception des travaux [...], l'ensemble des dossiers des ouvrages exécutés comprenant notamment : [...] **les prescriptions de maintenance des éléments d'équipement mis en œuvre [...]** et **les documents nécessaires à l'établissement du dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO) préalablement validés par le maître d'œuvre** »* [Nous soulignons].

Un certain nombre d'outils favorisent l'amélioration de la maintenance des ouvrages, à l'image des d'audit et du *Building Information Modeling* (BIM)²⁴⁰. Ce dernier permet d'obtenir

²³⁶Hélène HOEPFFNER, « Construction, adaptation et rénovation des établissements pénitentiaires », *RFDA*, 2024 p. 214.

²³⁷ Dominique SIMONNOT, *Rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Dalloz, 2023.

²³⁸ Hélène HOEPFFNER, « Construction, adaptation... », *art. cit.*

²³⁹ CE, 19 oct. 2001, *Société Alstom Transports SA*, n° 233173.

²⁴⁰ François LICHÈRE (dir.), *La digitalisation de la commande publique, Chaire de droit des contrats publics*, décembre 2023, disponible sur le site de la Chaire.

une maquette numérique qui, transmise au prestataire en charge de la maintenance, lui permet de connaître avec plus de précision l'ouvrage ou le réseau.

Maintenance et garantie. La maintenance ne doit pas être confondue avec la garantie. Les deux notions se distinguent principalement à trois niveaux, à savoir : leurs sources, leur objet et leurs phases d'intervention. Tout d'abord, la maintenance et la garantie se distinguent au regard de leurs sources. La garantie est en effet prévue par la loi, tandis que la maintenance est mentionnée dans le contrat. Ensuite, la garantie a pour but de réparer les vices de matériels, de réseaux ou d'ouvrages alors que la maintenance permet de veiller au bon fonctionnement de ces biens en assurant leur entretien régulier. Enfin, la garantie est invoquée lorsque le vice se produit. En revanche, la maintenance joue à la fois un rôle préventif et répressif.

§ II. L'utilisation des biens dans les conventions domaniales

Le statut des biens publics a des répercussions sur l'utilisation des biens dans les conventions domaniales comme en témoignent les droits accordés à l'occupant ou au preneur de la convention domaniale (**A.**) et les obligations auxquels il est soumis (**B.**).

A. Les droits de l'occupant

Les droits de l'occupant sur les biens se résument en des droits de superficie (**1.**), en la possibilité de constituer un fonds de commerce (**2.**) et d'accorder des titres de sous-occupations (**3.**). La circonstance qu'il peut également disposer de droits réels sera traitée dans la section suivante²⁴¹.

²⁴¹ Le statut du bien a, là encore, une importance. En outre, ces conventions constitutives de droits réels produisent des effets sur le régime de protection des biens publics. Voir *infra* : Section 3, §I, B, 3.

1. Les droits de superficie

Installations superficielles. L’occupant du domaine public peut avoir le droit d’édifier des biens immobiliers sur le domaine public²⁴². Il lui est reconnu un droit de propriété sur ces biens²⁴³. Ce droit se limite aux installations superficielles et ne saurait concerner le sol et le sous-sol sur lequel il repose²⁴⁴. Le droit de superficie se présente comme « *un droit de propriété distinct et séparé du fonds* »²⁴⁵. Le foncier fait en effet partie du domaine public et est protégé par le principe de l’inaliénabilité du domaine public.

Doctrine. Selon Yves de Gaudemet, « *il ne s'agit en aucune façon d'un démembrement du bien (le sol, la construction), mais d'un démembrement du droit - de propriété - lequel porte uniformément sur la totalité des biens, les attributs de la propriété étant temporairement distribués entre un propriétaire initial et une sorte d'usufruitier à temps (comme l'est d'ailleurs nécessairement l'usufruit du droit civil)* »²⁴⁶. Pour Caroline Chamard-Heim, le droit de propriété conféré aux personnes privées occupantes sur les biens qu’elles construisent sur le domaine public est souvent accordé par la personne publique propriétaire dans la mesure où « [elle] n’a pas souvent intérêt à en être propriétaire puisque cela impliquerait de sa part une gestion (et du personnel dédié), des coûts d’entretien, une charge fiscale, etc. »²⁴⁷. L’intérêt pour l’occupant du domaine public titulaire d’un droit de propriété sur les immeubles bâtis réside dans la possibilité de mettre ces biens en garantie afin d’obtenir un financement.

2. La constitution d’un fonds de commerce

Absence de définition. Le fonds de commerce ne fait pas l’objet d’une définition de la part du législateur. Le Code de commerce, en son article L. 141-5, se contente d’énumérer les éléments dont il se compose à savoir « *l’enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la*

²⁴² Caroline CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, PUF, 2022, p. 363.

²⁴³ *Idem.*

²⁴⁴ Principe tiré de CE, 4 mars 1991, *Palanque*, n° 79528 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2006, *Gillet*, n° 03-19.728 ; Frédéric LOMBARD, « Occupation domaniale et statut des biens de la concession », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mis à jour le 21 janvier 2023.

²⁴⁵ Cass. civ. 16 déc. 1873, *Cart*, DP 1874-I-249 ; S. 1874-I-457.

²⁴⁶ Yves GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 2006, 20, pp.1094.

²⁴⁷ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 364.

clientèle et l'achalandage». Le fonds de commerce constitue lui-même un « *bien incorporel, distinct des éléments qui la composent, susceptible d'exploitation et d'aliénation* ».

Consécration législative. Le juge administratif a longtemps écarté la possibilité pour l'occupant du domaine public de constituer un fonds de commerce sur le domaine public. Cette position était motivée, selon Caroline Chamard-Heim, par la réticence, de la part de l'administration, d'avoir à accorder une indemnisation à l'occupant disposant d'un fonds de commerce en cas de résiliation de son titre²⁴⁸. Pourtant, certaines juridictions administratives du fond n'ont pas hésité à reconnaître l'existence de fonds de commerce sur le domaine public²⁴⁹. Il a fallu attendre 2014 pour voir le législateur reconnaître la possibilité pour les occupants privatifs du domaine public de se prévaloir d'un fonds de commerce sur le domaine public, à condition de disposer d'une clientèle propre²⁵⁰. Ainsi, tous les titulaires d'un titre, qu'il soit unilatéral ou contractuel, constitutif de droits réels ou non, peuvent s'en prévaloir²⁵¹. La constitution d'un fonds de commerce est, en revanche, impossible sur le domaine public naturel²⁵². Le fonds de commerce peut également être transmis aux ayants droit de l'occupant décédé²⁵³.

Clientèle propre. La notion de fonds de commerce, comme en droit privé, est consubstantielle à celle de clientèle propre. L'identification de cette clientèle c'est-à-dire des « *personnes se fournissant chez un commerçant ou recourant à ses services* » n'est pas toujours aisée. La clientèle propre dont il se prévaut ne doit pas être composée que des usagers du domaine public dans la mesure où « *pour qu'il y ait clientèle propre, il faudra que les clients du commerçant ne passent sur le domaine public que parce qu'ils souhaitent se rendre chez celui-ci* »²⁵⁴.

La clientèle propre est, en effet, celle qui se rattache directement au commerçant ou à l'entreprise, indépendamment de son titre d'occupation, et participe à valoriser un fonds de commerce. De plus, le commerce doit être « divisible » ou « dissociable » du domaine public²⁵⁵. Ces conditions limitent le champ des commerces pouvant se prévaloir d'un fonds de commerce.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 368.

²⁴⁹ CAA Douai, 3 févr. 2011, *Léandre A.*, n° 09DA01327.

²⁵⁰ CGPPP, art. L.2124-32-1 ; Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, art. 72.

²⁵¹ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 370.

²⁵² CGPPP, art. 2124-35.

²⁵³ CGPPP, art. L. 2124-34.

²⁵⁴ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 370.

²⁵⁵ *Idem*.

Par ailleurs, le Conseil d'État a restreint ce champ qu'aux occupations obtenues postérieurement à l'intervention du législateur. Ainsi, seuls les occupants privatifs du domaine public disposant d'un titre d'occupation postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014 peuvent s'en prévaloir²⁵⁶.

Illégalité. Une clause contractuelle interdisant la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public est illégale²⁵⁷. Le Conseil d'État considère que la constitution d'un fonds de commerce est admise dès lors que les conditions sont réunies. Il ne saurait s'agir d'une simple faculté. Dans ses conclusions sur l'affaire, le rapporteur public Romain Victor notait à cet effet que « *si la loi prévoit qu'un fonds de commerce « peut » être exploité, elle n'attribue certainement pas au propriétaire domanial un « pouvoir » d'autoriser ou de refuser la constitution d'un tel fonds* ». Toutefois, cette illégalité ne peut à elle seule entraîner l'annulation du contrat, car elle ne constitue pas un « *vice d'une particulière gravité* »²⁵⁸, conformément à la jurisprudence *Béziers I*²⁵⁹. Le rapporteur public justifiait cette solution en mettant en avant le « *caractère très relatif de la protection que la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public est susceptible de conférer à l'occupant domanial* ». L'occupant disposant d'un fonds de commerce ne bénéficie en réalité que d'un droit à indemnisation en cas de résiliation et du droit de présenter un successeur à la personne publique propriétaire²⁶⁰.

3. L'octroi de sous-concessions domaniales

Notion. Le sous-contrat en matière de concessions domaniales est qualifié de contrat de « *sous-occupation* ». Il se définit comme l'« *occupation secondaire d'un immeuble relevant du domaine public, autorisée par l'occupant principal de la dépendance domaniale* »²⁶¹. Le titre de sous-occupation est délivré uniquement par le titulaire. Cela signifie qu'un tiers ne peut solliciter un titre de sous-occupation auprès de l'autorité gestionnaire.

²⁵⁶ CE, 24 nov. 2014, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, n° 352402.

²⁵⁷ Caroline CHAMARD-HEIM, « L'interdiction illégale de fonds de commerce n'est pas un vice grave », *Ctts et MP*, 2022, n° 5, comm. 148.

²⁵⁸ CE, 11 mars 2022, *M. L. et M. B. c. Commune de Cap-d'Ail*, n° 453440.

²⁵⁹ CE, Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802.

²⁶⁰ Jean-François GIACUZZO et Maxime BOUL, « DOMAINE PUBLIC. – Règles générales d'utilisation. – Utilisation compatible », Fasc. 512, *JCl. Contrats et Marchés publics*, 22 février 2024.

²⁶¹ Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, « La sous-occupation du domaine public en question(s) », *Droit de la voirie*, juill. 2024, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://proprietespubliques.fr/2024/07/25/sous-occupation-du-domaine-public-en-questions/>.

Plus spécifiquement, les sous-contrats sont appelés « *sous-concession* » lorsqu'elles concernent les sous-occupations du domaine public et de « *sous-location* » lorsqu'ils désignent les sous-occupations du domaine privé²⁶². L'accent sera principalement porté sur les sous-concessions domaniales.

En principe, le droit d'accorder des titres de sous-concessions n'a pas de fondement légal. Selon Paul-Maxence Murgue-Varoquier, « *le code général de la propriété des personnes publiques ne contient d'ailleurs aucune disposition analogue à celle de l'article 1717 du Code civil, lequel énonce, au sujet du louage de choses, que « le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite* »²⁶³.

Or, les occupants privatifs du domaine public ne peuvent accorder des titres de sous-occupation à des tiers que si un texte²⁶⁴ ou le contrat initial²⁶⁵ le prévoient expressément. Le droit de conférer des titres de sous-occupation tire sa source du titre d'occupation principal. Il doit être expressément mentionné. En cas de silence de la convention, la doctrine semble partagée. D'aucuns considèrent qu'un titre de sous-occupation peut être accordé, car aucun principe ne l'interdit et que le titre d'occupation a une valeur patrimoniale²⁶⁶. D'autres, en revanche, excluent cette possibilité.

Toutefois, le juge administratif leur reconnaît ce droit, même en l'absence de telles dispositions ou stipulations²⁶⁷. Il convient de préciser que le titulaire ne peut, sauf exception²⁶⁸, accorder une sous-concession dont la durée excéderait la durée de son titre d'occupation²⁶⁹.

Agrément. À l'instar des sous-contrats de la commande publique, les sous-concessions ne sont valables que si la personne publique a agréé le sous-concessionnaire²⁷⁰.

Contrat de droit privé. Les sous-concessions domaniales sont des contrats de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire. Toutefois, ces contrats sont de nature administrative lorsque l'occupant du domaine public est également concessionnaire du service

²⁶² Hélène HOEPPFNER, *op. cit.*, p. 647.

²⁶³ Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, « La sous-occupation ... », *art. cit.*

²⁶⁴ Pour les concessions de plage, voir : CGPPP, art. R. 2124-31 et s. ; CE, 21 juin 2000, *SARL Plage « chez Joseph » et Fédération nationale des plages-restaurants*, n° 212100 et 21210.

²⁶⁵ CE, 2 févr. 1979, *Ville de Châlons-sur-Marne*, n° 01881, Rec., p. 618.

²⁶⁶ Marion UBAUD-BERGERON, « Les concessions domaniales », in Guylain CLAMOUR (dir.), *Contrats et propriété publics*, LexisNexis, 2011, p. 117.

²⁶⁷ CE, 3 juin 2013, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix*, n°s 334251 et 334483.

²⁶⁸ CCP, art. L3132-3.

²⁶⁹ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 72.

²⁷⁰ Voir : CAA Nantes, 2 nov. 2016, *Société PAC*, n° 15NT00578.

public²⁷¹. En vertu de l'article L. 2331-1-1° du Code général de la propriété des personnes publiques, ces contrats sont du ressort du juge administratif. Hormis cette hypothèse, la sous-concession domaniale peut également être qualifiée d'administrative si les critères de qualification jurisprudentiels sont satisfaits²⁷².

En outre, le sous-occupant est fondé à contester la résiliation du titre d'occupation principal, même s'il n'est pas parti à la convention. À l'instar des autres tiers, le sous-occupant peut intenter un recours pour excès de pouvoir contre l'acte de résiliation, qui constitue un acte détachable du contrat²⁷³.

Publicité et mise en concurrence. La question de savoir si l'article L.2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques s'applique à l'octroi des sous-concessions. Cet article soumet l'administration à une obligation de publicité et de mise en concurrence dans l'attribution des titres d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique²⁷⁴.

Pour certains auteurs, le nouvel article L.2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques est inapplicable aux sous-concessions, car il ne mentionne pas ces contrats²⁷⁵. Pour d'autres, cet article s'applique aux sous-concessions dans la mesure où il doit être entendu dans un sens plus large²⁷⁶. Caroline Chamard-Heim s'inscrit dans ce sillage. Elle considère en effet que la réforme apportée par l'ordonnance du 19 avril 2017²⁷⁷ a été faite dans le but de « *favoriser l'égalité d'accès des opérateurs économiques au domaine public* ». Par conséquent, les sous-concessions domaniales ne sauraient y échapper. D'ailleurs, le législateur n'aurait pas expressément exclu l'obligation de publicité et de mise en concurrence pour certaines sous-concessions dans des lois spécifiques²⁷⁸ si elles n'étaient pas initialement concernées par ce régime²⁷⁹. Il convient donc de considérer qu'elles sont soumises à ce principe sauf si le législateur en dispose autrement²⁸⁰.

²⁷¹ TC, 10 juill. 1956, *Société des Steeple-chases de France* : Lebon, p. 587 ; 14 mai 2012, *X c/Société d'exploitation et événements de Paris*, n° C3836.

²⁷² Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 372.

²⁷³ Voir : CE, 10 juill. 1996, n° 140606.

²⁷⁴ Voir *infra* : Section 3, § II, B, 3.

²⁷⁵ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 372.

²⁷⁶ *Idem.*

²⁷⁷ Ordonnance n° 2017-562 du 19 avr. 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

²⁷⁸ Loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux olympiques et paralympiques de 2024, art. 17.

²⁷⁹ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 372.

²⁸⁰ Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, « La sous-occupation ... », *art. cit.*

B. Les obligations de l'occupant

L'occupant du domaine public est tenu, durant l'exécution du contrat, de s'acquitter des charges fiscales grevant les biens occupés (1.), d'entretenir ces biens (2.). Il est également contraint de se soumettre à un agrément et à une procédure de publicité et de mise en concurrence lorsqu'il souhaite céder son titre (3.) et de démolir les installations réalisées à l'expiration de son titre (4.).

1. Le paiement des charges fiscales

Imposition. En vertu de l'article 1400 du Code général des impôts, « *toute propriété, bâtie ou non bâtie, doit être imposée au nom du propriétaire actuel* ». Les biens des personnes publiques sont soumis au paiement de taxes foncières, sous réserve des dérogations prévues par le législateur²⁸¹. L'article 1382 du Code général des impôts indique notamment que les biens immobiliers appartenant à l'État, aux collectivités territoriales, à leurs groupements et à certains établissements publics bénéficient d'une exonération fiscale lorsqu'ils sont affectés à un service public ou d'utilité générale et sont non-productifs de revenu.

Les personnes publiques tentent d'échapper aussi souvent que possible à la charge finale des taxes foncières, en la répercutant contractuellement à l'occupant du domaine public ou le locataire du domaine privé²⁸². Les contrats comportent des clauses à ce propos²⁸³.

Taxe foncière. L'occupant est le redevable de la taxe foncière sur les installations superficielles qu'il réalise sur le domaine public dans la mesure où il dispose d'un droit de propriété tout au long de la durée de la convention sur ces biens²⁸⁴. Le Conseil d'État a confirmé

²⁸¹ CGI, art. 1382, 1394 et 1395.

²⁸² Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 289.

²⁸³ CE, 29 janv. 1993, *SA Sopark*, n° 62067 ; CE, 5 mai 2010, *Bernard*, n° 301420.

²⁸⁴ CE, 21 avr. 1997, *Ministre du Budget c/Société Sagifa*, n° 147602 ; CE, 28 janv. 2015, *Syndicat mixte de l'aéroport de Saint-Brieuc Armor*, n° 371501.

cette solution, passée inaperçue en raison potentiellement de son classement au recueil *Lebon*²⁸⁵, dans un arrêt *Montravers* du 7 juin 2010²⁸⁶.

L'approche retenue est la même en ce qui concerne les occupants disposant de titres d'autorisations constitutifs de droits réels. L'article L. 1400-II du Code général des impôts dispose, en effet, que « *lorsqu'un immeuble est grevé d'usufruit ou loué soit par bail emphytéotique, soit par bail à construction, soit par bail réel solidaire, soit par bail à réhabilitation ou fait l'objet d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive d'un droit réel, la taxe foncière est établie au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote, du preneur à bail à construction ou à réhabilitation, du preneur du bail réel solidaire ou du titulaire de l'autorisation* ».

TVA. En principe, la redevance versée en contrepartie de l'occupation privative du domaine public est exonérée de TVA, sauf si cette occupation est comprise dans une délégation de service public²⁸⁷. Elle relève en effet de la gestion pure du domaine public et constitue un acte d'autorité publique²⁸⁸.

Domaine privé. L'occupant du domaine privé est soumis à un régime différent. Compte tenu de l'absence de la distinction tripartite des biens, seules les dispositions du Code civil et les clauses contractuelles permettent de déterminer le propriétaire des biens occupés, et *in fine* le redevable de la taxe foncière²⁸⁹.

2. L'entretien des biens occupés

Obligation d'entretien. Le législateur n'a pas consacré d'obligation générale d'entretien du domaine public opposable à la personne publique propriétaire. Ainsi, cette obligation a-t-elle été déduite de la jurisprudence. La doctrine a, en effet, vu dans l'arrêt *Commune de Saint-Brévin-les-Pins* du 3 mai 1963²⁹⁰, dans lequel le Conseil d'État affirme

²⁸⁵ François BRENET, « La propriété des installations édifiées ou acquises par l'occupant « ordinaire » du domaine public », *Dr. Adm.*, 2010, n° 11, comm. 140.

²⁸⁶ CE, 7 juin 2010, *Montravers, Liquidateur judiciaire de la Société Neuville Foster Delaunay Belleville*, n° 320188.

²⁸⁷ CAA Nantes, 10 décembre 2015, *Syndicat mixte des ports normands associés c. Ministre des Finances*, n° 14NT01907.

²⁸⁸ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 367.

²⁸⁹ CE, 23 juill. 2021, *Société Fibres*, n° 364490.

²⁹⁰ Rec., p. 259.

l'obligation pour la personne publique de conserver le domaine public, la « *consécration d'une obligation générale de l'obligation d'entretien du domaine public* »²⁹¹. Toutefois, la nuance doit être faite entre ces deux obligations, car la première est instituée en vue de la protection de l'affectation du domaine public sans faire de son entretien, un prérequis²⁹².

Délégation. Cela étant, il n'empêche que l'occupation privative du domaine public fait peser sur l'occupant une obligation d'entretien²⁹³. Il peut ainsi être amené à réaliser des travaux et à s'assurer du bon état du domaine²⁹⁴. L'autorité gestionnaire peut d'ailleurs décider de résilier le titre pour des motifs tirés du mauvais entretien du bien²⁹⁵.

Les baux admis sur le domaine privé, en l'occurrence, le bail à construction contiennent également une obligation d'entretien. La définition même du bail, comme indiqué à l'article L. 251-1 du Code de la construction et de l'habitation, fait peser sur le constructeur l'obligation de « *conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail* » les biens édifiés.

Les conventions d'occupation du domaine public contiennent souvent une clause relative à l'entretien et à la maintenance des biens occupés. Il convient, par exemple, de citer celle figurant dans une convention d'occupation du domaine public de la Ville de Lyon relative à la mise à disposition d'un kiosque. L'article 7-1 stipule que « *le bénéficiaire devra assurer l'entretien et la maintenance du kiosque par un personnel qualifié et procéder à toutes les réparations et remises en état qui pourraient s'avérer nécessaires tant à l'extérieur (nettoyage bisannuel des chenaux, toiture...) qu'à l'intérieur l'occupant s'engage à fournir chaque année les factures de maintenance et d'entretien. Le kiosque devra être maintenu en parfait état en ce qui concerne la sécurité, l'esthétique et le nettoyage. Il devra notamment procéder à l'enlèvement des tags et graffitis dans un délai maximum de 1 mois à compter du signalement de la Ville* »²⁹⁶. L'entretien peut aussi concerner les « *abords immédiats du kiosque* »²⁹⁷. Au-

²⁹¹ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p.282.

²⁹² *Idem.*

²⁹³ *Idem.*

²⁹⁴ *Idem.*

²⁹⁵ Voir en ce sens : CE, Sect., 3 mai 1963, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, n° 54724 ; CE, 19 janv. 1968, *Club aérien, « Les Gerfauts »*, n° 68943 ; CE, 14 mars 1941, *Compagnie nouvelle des chalets de commodité*, Rec, p. 44 ; CE, 13 juil. 1951, *Société La nouvelle jetée-promenade de Nice*, n° 88840.

²⁹⁶ Ville de Lyon, « Mise à disposition d'un kiosque place Bellecour pour permettre l'exploitation d'une activité de location de vélos et/ou de mobilités douces convention valant autorisation d'occupation temporaire du domaine public – convention valant autorisation d'occupation temporaire du domaine public », disponible en ligne à l'adresse suivante : https://www.lyon.fr/sites/lyonfr/files/content/documents/2021-11/2022_2027_convention_oc-dp_kiosque_k2_bellecour.pdf.

²⁹⁷ Convention précitée, art. 7-2.

delà, la prise en charge de quelques travaux d'entretien sur le domaine public peut faire partie de l'offre présentée par le candidat-occupant.

Irrégularité du contrat. Toutefois, l'obligation d'entretien n'est invocable que si le contrat est régulier. La Cour administrative d'appel de Douai a ainsi refusé de donner d'engager la responsabilité contractuelle pour la réhabilitation des biens d'un occupant privatif malgré le mauvais entretien des équipements portuaires dont il avait la charge. Le contrat était irrégulier dans la mesure où l'occupation privative, accordée gratuitement, ne relevait pas des cas d'exonération prévus par l'article L. 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. L'autorité contractante ne peut donc valablement invoquer à son profit les stipulations de la convention d'occupation temporaire relatives à l'obligation d'entretien incombant à l'occupant²⁹⁸. La Cour a également exclu la possibilité pour la personne publique d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'occupant dans la mesure où « *la circonstance que l'association se soit abstenue, selon la commune, de faire face à l'entretien des installations, si elle peut constituer une faute au regard d'une obligation de conserver le domaine public occupé en l'état, ne peut pas être pour autant regardée comme ayant, par elle-même, directement enrichi l'association, alors que comme l'indique d'ailleurs la commune, l'enrichissement de l'association procède en réalité de l'utilité procurée par l'occupation du domaine public* »²⁹⁹.

3. L'obligation d'agrément et de publicité et de mise en concurrence en cas de cession de contrat

Avant de s'intéresser aux règles s'imposant aux cessions de titre, il convient de revenir sur l'obligation de publicité et de mise en concurrence en matière d'attribution de titres d'occupation et sur son périmètre.

Obligation générale. Les titres d'occupation du domaine public accordés en vue d'une exploitation économique sont soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence depuis l'ordonnance du 19 avril 2017.

²⁹⁸ Caroline CHAMARD-HEIM, « Quand l'occupant du domaine public est défaillant dans son obligation d'entretien : de l'utilité d'avoir conclu un contrat régulier », *Ctts et MP*, 2022, n° 6, comm. 181.

²⁹⁹ CAA Douai, 17 mars 2022, *Commune de Crotoy c/Assoc. Club nautique de la baie de Somme*, n° 20DA00770.

Qualifié de « *petite révolution domaniale* »³⁰⁰, le nouvel article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques constitue ce que l'on pourrait qualifier de *revirement législatif de jurisprudence*. Le Conseil d'État excluait auparavant l'existence d'une obligation générale en la matière. Il considérait, en ce qui concerne l'obligation de publicité, « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel* »³⁰¹.

Quant à l'obligation de mise en concurrence, elle était écartée par le Conseil d'État au motif qu'aucun texte ne l'exigeait³⁰². Le Code général de la propriété des personnes publiques s'était d'ailleurs retenu de poser une telle obligation. En dehors des rares cas où une procédure de publicité et de mise en concurrence était exigée³⁰³, les autorités gestionnaires étaient libres de se soumettre volontairement ou non à une procédure de mise en publicité ou de mise en concurrence dans l'attribution de leurs titres d'occupation³⁰⁴.

L'arrêt *Promoimpresa* rendu par la Cour de Justice, le 14 juillet 2016³⁰⁵, sur le fondement de la directive services³⁰⁶ a remis indirectement en cause toute cette jurisprudence. Le juge de l'Union européenne consacrait, en effet, l'obligation pour les autorités gestionnaires d'organiser une procédure de sélection pour l'attribution de titres d'occupation délivrés en vue de l'exercice d'une activité économique dans un domaine concurrentiel.

C'est cette solution que le législateur délégué s'est dépêché de transposer en droit interne français, en dépit des réserves du Sénat³⁰⁷.

Exceptions. L'obligation de publicité et de mise en concurrence est exclue dans de nombreux cas. Ces exceptions sont prévues aux articles L. 2122-1-1, L. 2122-1-3 et L. 2122-1-

³⁰⁰ Christophe ROUX, « Noces de cire : les (quatre) premiers feux de la mise en concurrence des titres domaniaux », *Ctts et MP*, 2021, n° 4, étude 2.

³⁰¹ CE, Sect., 3 déc. 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272 et 338527.

³⁰² CE, 26 avr. 1944, *Dejean et Fournier et a.*, n°s 74057, 74063, 74064 et 74065.

³⁰³ Notamment pour les autorisations d'occupation des marchés d'intérêt national installées sur le domaine public (C. com., art. R. 761-22).

³⁰⁴ Benoît PLESSIX et Pierre BLANQUET, « Contrats domaniaux », Fasc. 79, *JCl. Propriétés publiques*, 2023.

³⁰⁵ CJUE, 14 juill. 2016, *Promoimpresa Srl. et Mario Melis*, aff. C-458/14 et C-67-15.

³⁰⁶ Dir. 2006/123/CE, 12 déc. 2006, relative aux services dans le marché intérieur.

³⁰⁷ François PILLET, « Rapport sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », Sénat, Rapport n° 712 de la Commission des lois, 22 juin 2016.

2 du Code général de la propriété des personnes publiques. La liste de ces exceptions n'est d'ailleurs pas exhaustive. L'adverbe « notamment » à l'article L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques en témoigne amplement³⁰⁸.

Pour Jean-Luc Heckenroth, « *le nombre des dispenses à l'obligation de mise en concurrence peut surprendre* »³⁰⁹. L'auteur critique notamment le « *caractère laconique des modalités de publicité et procédures de mise en concurrence* » auxquelles sont soumis les propriétaires publics et s'étonne du niveau de détails de l'ordonnance en ce qui concerne les cas de dispense de sélection entre les candidats susceptibles d'être intéressés³¹⁰.

Domaine privé. Les interrogations se sont faites nombreuses afin de savoir si cette obligation concernait aussi les titres d'occupation du domaine privé qualifiés de « *grands oubliés de l'ordonnance du 19 avril 2017* ». Le Conseil d'État s'est prononcé à ce sujet, en écartant ces titres du champ de l'ordonnance de 2017 dans l'arrêt *Commune de Biarritz* publié le 2 décembre 2022³¹¹.

Cet arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine. Les principales sont liées à l'indifférence du droit de l'Union européenne vis-à-vis de la distinction domaine public et domaine privé ainsi qu'à la notion de rareté, mise en avant par le Conseil d'État, qui n'a pas été transposée par le législateur délégué.

La rareté ne devrait pas constituer la raison de la mise à l'écart des titres d'occupation du domaine privé. Christophe Roux relevait à ce propos, un an avant l'arrêt *Commune de Biarritz*, que « *si, par commodité, l'on agréera que les dépendances du domaine privé sont généralement moins « rares » que celles du domaine public, il s'agit d'une présomption réfragable ; enfin, au sein de l'ordonnance de 2017, la rareté constitue un critère répartiteur des modalités procédurales exigibles (entre la procédure dite « allégée » et celle de droit commun) : elle ne forme aucunement un critère dérogatoire quant au champ matériel de l'obligation, seule la volonté d'exercer une activité économique sur le domaine devant être prise en compte* » [Nous soulignons].

³⁰⁸ Christophe ROUX, « Noces de cire ... », *art. cit.*

³⁰⁹ Jean-Luc HECKENROTH, « Occupation du domaine public - Délivrer des titres domaniaux sans mise en concurrence », *Ctts et MP*, 2018, n° 2, 2.

³¹⁰ *Idem.*

³¹¹ CE, 2 déc. 2022, *Commune de Biarritz*, n° 460100.

Par conséquent, les auteurs considèrent qu'un titre conclu sur le domaine privé devrait être soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence, au même titre que ceux conclus sur le domaine public³¹².

Cession. Le principe d'incessibilité des conventions d'occupation du domaine a prévalu de l'arrêt *Eurolat* du 6 mai 1985³¹³ jusqu'à l'arrêt *Société Prest'air* du 18 septembre 2015³¹⁴. Ce principe était le résultat de l'interprétation extensive de la protection de l'affectation du domaine public et du caractère personnel de l'autorisation d'occupation³¹⁵. Les conventions d'occupation du domaine public sont désormais cessibles, à condition qu'un accord écrit de la personne publique propriétaire agréé l'occupant entrant³¹⁶.

La cession des conventions d'occupation du domaine public conférées en vue de l'exercice d'une activité économique est soumise au respect d'une procédure de sélection³¹⁷. Les dispositions législatives relatives aux conventions domaniales prévoient les modalités. En ce qui concerne les autorisations d'occupation du domaine public constitutif de droit réel conclues par l'État, l'article L. 2122-7 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que « *le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés (...) qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé.* **De tels transferts ne peuvent intervenir lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre s'y oppose** » [Nous soulignons].

L'article L. 1311-6 du Code général des collectivités territoriales contient la même obligation en ce qui concerne les titres similaires délivrés par les collectivités territoriales. De telles obligations sont aussi prévues pour les baux emphytéotiques administratifs³¹⁸.

³¹² Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 352.

³¹³ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et a.*, n° 41589 ; CE, 31 juill. 2009, *Société Jonathan Loisirs*, n° 316534 ; CE, 19 janv. 2011, *Commune de Limoges*, n° 323924.

³¹⁴ CE, 18 sept. 2015, *Société Prest'air*, n° 387315.

³¹⁵ Jean-François GIACUZZO et Maxime BOUL, *art. cit.*

³¹⁶ CE, 18 sept. 2015, *Société Prest'air*, n° 387315.

³¹⁷ François BRENET, Sophie MESLIN-LIERE et Loïc ALLIER, « Cession de contrat », Fasc. 780, *JCl. Adm.*, 2024.

³¹⁸ CGPPP, art. L. 2341-1, II, 1° ; CGCT, art. L. 1311-3.

4. La remise en état du terrain en fin de concession

Obligation. L'occupant du domaine public est tenu de remettre le terrain dans son état initial à l'expiration de son titre d'occupation. L'obligation peut résulter de la convention³¹⁹ et existe même si elle n'est pas expressément mentionnée dans la convention eu égard à l'obligation de conservation du domaine public³²⁰. L'article L. 2122-9 précité dispose notamment que :

« À l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition. »

Pour Jean-François Giacuzzo et Maxime Boul, l'obligation de remise en état vise à *« effacer toute trace de l'utilisation seulement compatible pour rendre pleinement le domaine public à son affectation »*³²¹.

Par ailleurs, en cas de résiliation, l'occupant du domaine public a droit à une indemnisation lorsque le contrat prévoyait que les biens non démolis deviendraient la propriété de l'autorité gestionnaire³²².

³¹⁹ CE, Sect., 19 oct. 1956, *Société Le Béton*, n° 20180.

³²⁰ Voir : CE, Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la Culture et Francophonie*, n° 161311.

³²¹ Jean-François GIACUZZO et Maxime BOUL, *art. cit.*.

³²² *Idem.*

SECTION 3 : LES EFFETS DES CONTRATS PUBLICS SUR LA PROTECTION DES BIENS PUBLICS

La présente section vise à appréhender la conciliation des contrats publics vis-à-vis du régime de protection des biens publics, principalement au regard du principe d'insaisissabilité des biens publics et d'inaliénabilité du domaine public (§I.), pouvant affecter le financement des projets publics, ainsi qu'à travers l'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités (§II.).

§I. La conciliation des contrats publics avec les impératifs de protection des biens publics

Le régime de protection des biens publics et du domaine public limite *a priori* l'ingénierie contractuelle dans le secteur public au regard du principe d'insaisissabilité des biens publics ainsi que des principes d'indisponibilité et d'imprescriptibilité du domaine public (A.). Pour autant, le droit des contrats publics admet, aujourd'hui, des outils qui, sans remettre en cause ces principes cardinaux du droit des biens publics, composent avec en adaptant des dispositifs de droit privé aux exigences de la propriété publique, de la domanialité publique et du service public (B.).

A. Les conséquences du régime de protection des biens publics sur les contrats publics

Le régime de protection des biens publics prévoit deux niveaux de protection. Le premier intéresse l'ensemble de la propriété publique, et donc des biens publics qu'ils relèvent du domaine public ou du domaine privé des personnes publiques. Il se matérialise par l'insaisissabilité des biens publics. Le deuxième, quant à lui, est propre aux biens relevant du

domaine public des personnes publiques afin de préserver l'affectation de ces biens à l'usage du public ou à un service public. C'est en raison du lien indissociable avec l'utilité publique ou le service public qu'une protection accrue se justifie en consacrant l'indisponibilité du domaine public.

In saisissabilité des biens publics. Depuis le XIXe siècle, l'insaisissabilité des biens publics est présentée comme un principe général (voire absolu) du droit³²³. Ainsi, aucune personne privée ne peut exiger la saisie immobilière ou mobilière d'un bien public en cas de défaillance d'une personne publique (quel que soit son statut³²⁴) à satisfaire la dette qu'elle possède envers le créancier privé. Ce principe protecteur des biens publics ne rejette pas toute action forcée à l'encontre d'une personne publique, uniquement celle qui emprunte la forme de procédures de contrainte issues du droit privé. Dès lors, comme l'a relevé le Tribunal des conflits, la cession forcée sans saisie demeure possible pour les biens du domaine privé, à l'image d'une procédure expropriation pour cause d'utilité publique³²⁵. En revanche, un contrat d'une personne publique portant sur un bien relevant du domaine public ne peut aucunement prévoir de dispositifs d'hypothèque ou de nantissement³²⁶.

Conséquences juridiques. Dans le cadre de l'exécution d'un contrat public, le principe d'insaisissabilité des biens publics s'oppose à toute mobilisation de procédures civiles conservatoires ou d'exécution en cas de défaillance du débiteur, en particulier la personne publique contractante, vis-à-vis d'un créancier, personne privée ou personne publique³²⁷. En effet, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans deux arrêts du 23 mai 2024, les dispositions de l'article 2284 du Code civil³²⁸ sont inapplicables à l'encontre de l'État, et *a fortiori* aux personnes publiques débitrices, en raison tant du principe d'insaisissabilité des biens publics que de l'imprescriptibilité et de l'inaliénabilité du domaine public³²⁹. Pour autant, comme le rappelle Caroline Chamard-Heim :

³²³ TC, 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac* ; Cass. Civ., 5 mai 1885, *Caratier-Terrasson*, S. 1886.1.353 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 21 déc. 1987, *BRGM*.

³²⁴ Philippe YOLKA, *Droit des biens publics*, 2^e édition, 2023, LGDJ, p. 90.

³²⁵ TC, 23 févr. 2004, *Commune d'Auribeau-sur-Siagne*.

³²⁶ CAA Nantes, 16 oct. 2020, *Commune de La Trinité-sur-Mer*, n° 20NT00615

³²⁷ Cass., Com., 9 juill. 1951, *SNEP c. Camacho*, cite in Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, par. 866, p. 477.

³²⁸ CCiv., art. 2284 : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.* »

³²⁹ Cass., Com., 23 mai 2024, n°s 22-24.564 et 22-24.565. L'affaire concernait, en l'espèce, les effets réels d'une procédure collective sur des biens relevant du domaine public de la direction générale des douanes et droits indirects (DGDDI) à la suite de l'ouverture d'une procédure en redressement judiciaire à l'encontre d'un groupement titulaire d'un marché public conclu avec la DGDDI : ces biens ne peuvent constituer un gage pour les créanciers du groupement placé en redressement judiciaire. Le raisonnement de la Cour demeure applicable pour les voies d'exécution de droit civil, au-delà de la sûreté réelle que constitue le gage. Dans le même sens, une

« Ce fondement personnel [la personnalité publique] implique nécessairement que, sauf dispositions législatives contraires, tous les biens, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, des personnes publiques sont protégés par l'immunité d'exécution et sont insaisissables : il n'est donc pas besoin de les distinguer en fonction de leur plus ou moins grande importance au regard de l'intérêt général. Cette protection s'applique sans considération du régime domanial des biens, ceux du domaine public comme du domaine privé étant pareillement insaisissables. »³³⁰

Ainsi, le créancier d'une personne publique ne peut obtenir satisfaction par les voies de droit prévues dans le Code de procédure civile d'exécution³³¹, en cas d'inexécution totale ou partielle par la personne publique de ses obligations.

Par conséquent, puisqu'il faudrait pour la déclencher respecter les conditions tenant à la saisie³³², aucune sûreté réelle ne peut être constituée sur la propriété publique³³³, à l'exception

personne privée ne peut procéder à la rétention de dépôt en cas de non-paiement par une personne publique des prestations qu'elle a exécutée. En ce sens, voir : Caroline CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, PUF, 2023, par. 870, p. 478.

³³⁰ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, par. 864, p. 476.

³³¹ CPCiv.Exéc., art. L. 111-1 à L. 112-4.

³³² CPCiv.Exéc., art. L. 211-1 à L. 251-1 (pour les saisies mobilières) et L. 311-1 à L. 341-1 (pour les saisies immobilières).

³³³ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, par. 867, p. 477.

des sûretés réelles mobilières pour les offices publics de l'habitat³³⁴. L'hypothèque (de droit civil)³³⁵ et le nantissement³³⁶ ne peuvent donc pas être consentis sur les biens publics³³⁷.

Par ailleurs, l'interdiction des procédures civiles conservatoires ou d'exécution à l'encontre des personnes publiques peut questionner au regard du droit de l'Union européenne, en particulier s'agissant des établissements publics industriels et commerciaux³³⁸. En effet, l'impossibilité de saisir un quelconque bien de ces établissements publics, sans compter l'absence de procédures collectives à leur encontre, peut constituer une aide d'État, car, en cas de défaillance, l'État demeure le responsable de la dette de la personne publique³³⁹.

³³⁴ CCH, art. L. 421-4-1 ; Philippe COLEMAN, « La possibilité de constituer des sûretés réelles sur les propriétés publiques », *RDP*, 2020, p. 1471.

³³⁵ CE, Sect., 11 févr. 1994, *Préservation foncière*, n° 109564 :

« Considérant que les règles essentielles du régime de la copropriété telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965, et notamment la propriété indivise des parties communes, - au nombre desquelles figurent, en particulier, outre le gros œuvre de l'immeuble, les voies d'accès, passages et corridors -, la mitoyenneté présumée des cloisons et des murs séparant les parties privatives, l'interdiction faite aux copropriétaires de s'opposer à l'exécution, même à l'intérieur de leurs parties privatives, de certains travaux décidés par l'assemblée générale des copropriétaires se prononçant à la majorité, la garantie des créances du syndicat des copropriétaires à l'encontre d'un copropriétaire par une hypothèque légale sur son lot, sont incompatibles tant avec le régime de la domanialité publique qu'avec les caractères des ouvrages publics ; que, par suite, des locaux acquis par l'État, fût-ce pour les besoins d'un service public, dans un immeuble soumis au régime de la copropriété n'appartiennent pas au domaine public et ne peuvent être regardés comme constituant un ouvrage public ; que, par conséquent, les dommages qui trouveraient leur source dans l'aménagement ou l'entretien de ces locaux ne sont pas des dommages de travaux publics. » [Nous soulignons]

³³⁶ CE, avis, 19 nov. 1995, n° 358447 :

« Un nantissement ne peut être consenti régulièrement par un concessionnaire au bénéfice de son prêteur s'il porte sur des ouvrages qui, transférés gratuitement à la collectivité publique en fin de concession, constituent des biens de retour incorporés dans le domaine public de cette collectivité dès le début de la concession. » [Nous soulignons]

³³⁷ Le crédit-bail, quant à lui, est possible (voir *infra*). Il demeure des interrogations sur le sort des biens d'un occupant du domaine public en cas de défaillance du débiteur ou que l'option d'achat n'est pas levée ou que la personne publique n'agrée pas la levée de l'option d'achat. Voir : Sébastien HOURSON et Philippe YOLKA

³³⁸ Sur ce point, voir notamment : Christophe ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2015, p. 709 et s. ; Christophe ROUX, « Propriété publique et droit de l'Union européenne », *JCl. Propriété publique*, Fasc. 7.

³³⁹ Voir également : CJUE, 3 avr. 2014, *France c. Commission*, aff. C-559/12 : « une telle garantie offre à l'emprunteur la possibilité « de bénéficier de taux d'intérêt plus bas ou de fournir une sûreté moins élevée » » ; CJUE, 19 sept. 2018, *Commission c. France et IFP*, aff. 438/16 :

« 116. En effet, ainsi que l'a relevé en substance M. l'avocat général au point 123 de ses conclusions, la seule circonstance que l'IFPEN bénéficie d'une garantie de l'État était de nature à permettre à la Commission de se prévaloir de la présomption d'avantage, telle que dérogée par la Cour dans l'arrêt du 3 avril 2014, *France/Commission* [...], cette présomption étant fondée sur l'idée que, grâce à la garantie attachée à son statut, un EPIC bénéficie ou pourrait bénéficier de conditions financières plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers. Pour se prévaloir de cette présomption, la Commission n'était donc pas tenue de démontrer les effets réels produits par la garantie en cause [...].

117. Ainsi, s'il est vrai qu'une telle présomption n'est qu'une présomption simple, et donc réfragable, elle ne saurait être pour autant renversée que dans la mesure où il est démontré que, compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel s'insère la garantie rattachée au statut

Indisponibilité du domaine public. Les biens du domaine public (immobiliers ou mobiliers) étant des biens hors du commerce sont indisponibles, c'est-à-dire que le domaine public est inaliénable et imprescriptible³⁴⁰. Précisément, sous peine de nullité³⁴¹, le domaine public ne peut être aliéné, ou cédé, qu'à la suite du respect d'une procédure de désaffectation, puis de déclassement afin de faire sortir le bien public du domaine public. Il rejoint ainsi le domaine privé de la personne publique, domaine qui, lui, est aliénable³⁴². Par ailleurs, l'imprescriptibilité s'oppose à toute prescription acquisitive prévue par le Code civil³⁴³ sur un bien du domaine public, quand bien même l'occupant revendiquerait une possession continue et non interrompue, paisible, publique et non équivoque depuis 10 ou 30 ans³⁴⁴. En outre, les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public accentuent l'interdiction pour une personne privée, créancier d'une personne publique, d'exiger la saisie mobilière ou immobilière d'un bien relevant du domaine public. Il s'agit d'un fondement surabondant de l'insaisissabilité³⁴⁵ qui motive un traitement spécifique par les juridictions administratives en cas d'affaires portant, par exemple, sur des biens publics grevés d'hypothèques³⁴⁶.

Conséquences juridiques. S'agissant de l'indisponibilité du domaine public, les conséquences sont connues en droit des contrats publics. Tout d'abord, l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public expliquent la théorie des biens de retour rappelée dans la première section de la présente partie³⁴⁷. Puisque les biens de retour sont des biens relevant du domaine public *ab initio*, ils ne peuvent, même en présence de stipulations contractuelles contraires, revenir au concessionnaire au terme du contrat de concession du fait de l'indisponibilité du domaine public³⁴⁸. Ensuite, sauf dispositions législatives particulières, les

de l'EPIC concerné, ce dernier n'a pas obtenu dans le passé et, selon toute plausibilité, n'obtiendra pas dans l'avenir un quelconque avantage économique réel de cette garantie.

118. Dans ces conditions, contrairement aux affirmations du Tribunal figurant aux points 134 à 137 et 188 à 190 de l'arrêt attaqué, la seule circonstance que le bénéficiaire d'une telle garantie n'a tiré dans le passé aucun avantage économique réel de son statut d'EPIC ne suffit pas, à elle seule, à renverser la présomption d'existence d'un avantage. »

³⁴⁰ CGPPP, art. L. 3111-1 ; CGCT, art. L. 1311-1.

³⁴¹ Cons. Const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC ; Cons. Const., 21 juill. 1994, n° 94-346 DC ; CE, 11 oct. 1995, *Tête*, n° 116544 ; CE, 25 juin 2018, *Société Groupe Bigard*, n° 402078.

³⁴² Les cessions de biens relevant du domaine public ne nécessitent pas de déclassement lorsqu'elles s'effectuent entre personnes publiques (CGPPP, art. L. 3112-1).

³⁴³ CCiv., art. 2258 à 2277.

³⁴⁴ CCiv., art. 2261 et 2272. Attention, cette interdiction ne concerne pas les biens du domaine privé (Cass. Civ. 3^e, 12 janv. 1982, D. 1982.577 ; CE, 7 sept. 2001, *René Y.*, n° 207796 ; CE, 19 juill. 2016, *La Poste*, n° 370630), à l'exception de ceux qui, pour les sections de commune, font l'objet de droits d'usage collectif (Cass. Civ. 3^e, 28 nov. 2019, *M. et Mme P.*, n° 18-16012).

³⁴⁵ CGPPP, art. L. 2311-1.

³⁴⁶ CAA Nantes, 16 oct. 2020, *Commune de La Trinité-sur-Mer*, n° 20NT00615

³⁴⁷ Voir *supra* : Partie 1, Section 1, II.

³⁴⁸ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, *précité*.

contrats publics ne peuvent constituer de droits réels sur des biens relevant du domaine public, car la propriété publique est exclusive et indisponible³⁴⁹ : l'éclatement de la propriété par la reconnaissance de droits réels sur les biens relevant du domaine public d'une personne publique s'oppose à l'inaliénabilité du domaine public³⁵⁰.

Conséquence financière. Enfin, la restriction de la reconnaissance de sûretés réelles (en tant qu'accessoire d'un crédit) ou de droits réels n'est pas sans effet sur le financement de projets publics. Il peut être difficile pour le prêteur de s'assurer des capacités financières du débiteur et de sa fiabilité à respecter son engagement³⁵¹. L'absence de procédures de contrainte à l'encontre d'une personne publique pourrait constituer un obstacle financier significatif pour elle³⁵². À ce propos, Étienne Fatôme soulignait que, pour les établissements publics industriels et commerciaux, cette restriction les empêche de recourir à une hypothèque dans le cadre de leur financement³⁵³.

Des difficultés similaires se rencontrent également auprès des personnes privées cocontractantes de la personne publique pour financer l'exécution du contrat, ou dans le cadre de l'exploitation économique d'un bien du domaine public en raison de la précarité et de la révocabilité des titres d'occupation³⁵⁴.

Transition. Pour limiter les conséquences juridiques et financières du régime de protection des biens publics, le droit public s'est adapté en reconnaissant progressivement divers instruments juridiques compatibles avec l'essence de la domanialité publique : la préservation de l'affectation du bien à l'usage du public ou à un service public.

B. Le dépassement des obstacles liés à la protection des biens publics

Adoucissement. La protection principielle des biens publics rencontre progressivement des tempéraments à la suite d'une reconnaissance, par le législateur ou la jurisprudence, de contrats constitutifs de droits réels heurtant l'inaliénabilité du domaine public

³⁴⁹ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit Foncier de France*, n^{os} 41589 et 41699 ; CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n^o 390118.

³⁵⁰ Philippe YOLKA, *Droit des biens publics*, 2^e édition, 2023, LGDJ, p. 94-95.

³⁵¹ Morgan SCHMIEDERER, *op. cit.*, par. 32.

³⁵² Les enquêtes de terrain démontrent que, finalement, les prêteurs étant assurés d'être remboursés par la personne publique, l'interdiction de la constitution de sûretés réelles ne réduit pas le financement des projets publics. Voir *infra* : Partie 2.

³⁵³ Étienne FATÔME, « L'apport en garantie des équipements publics », *AJDA*, 2003, p. 21.

³⁵⁴ Morgan SCHMIEDERER, *op. cit.*, par. 32.

(1.), ou de contrats constitutifs de sûretés réelles s’opposant à l’insaisissabilité des biens publics (2.), ainsi que de voies administratives d’exécution (3.).

1. La constitution de droits réels

Notions de droit réel. Alors qu’un droit personnel lie deux personnes (physiques ou morales), un droit réel est un droit subjectif qu’une personne physique ou morale dispose sur un bien comme la propriété ou l’usufruit.

Principe en domanialité publique. Afin de préserver l’affectation domaniale, les droits réels sont traditionnellement proscrits sur le domaine public³⁵⁵. Il ne s’agit pas, ici, d’une incompatibilité totale entre les droits réels et le principe d’inaliénabilité du domaine public, car la constitution d’un droit réel ne s’apparente pas à une aliénation partielle de la propriété d’un bien relevant du domaine public. La finalité poursuivie est la sauvegarde de l’affectation du domaine public à l’utilité publique, c’est-à-dire à l’usage direct du public ou au service public³⁵⁶. Ainsi, toute clause d’une convention conférant un droit réel sur le domaine public à son occupant est nulle et entache de nullité l’ensemble de la convention dès lors qu’une telle clause est indivisible des autres stipulations de la convention et a exercé une influence déterminante sur le consentement des parties³⁵⁷, à l’exception des marchés de partenariat et des contrats de concession³⁵⁸.

Évolution. Pour autant, la législation et la jurisprudence admettent des tempéraments à cette interdiction en reconnaissant la validité de certaines conventions d’occupation

³⁵⁵ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit Foncier de France*, nos 41589 et 41699.

³⁵⁶ En ce sens, voir : Caroline CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, PUF, 2022, n° 813-814, p. 454-455 ; Yves GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 2006, p. 1094 ; Philippe JUEN, « La compatibilité du principe de l’inaliénabilité avec la constitution de droits réels », *RDI*, 2000, p. 121.

³⁵⁷ *Idem* : « Considérant qu’il ressort des clauses des conventions ainsi intervenues, d’une part que l’Association Eurolat se voyait conférer un droit réel sur un terrain appartenant à une collectivité publique, affecté à un service public, et destiné par les parties à être aménagé à cet effet, et d’autre part que ladite Association était autorisée à céder librement son " droit au bail " à toute personne de son choix, que le syndicat s’engageait par avance à agréer et qui lui succéderait de ce fait dans la gestion du service, sans autre formalité qu’une consultation préalable du syndicat ; qu’enfin, l’une de ces clauses interdisait la résiliation du bail avant le remboursement complet du prêt accordé par le Crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l’Association une hypothèque sur les immeubles qu’elle devait construire, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l’exploitant défaillant ; que ces clauses, incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d’un service public, doivent être regardées comme nulles ; qu’elles ont eu un caractère déterminant dans la conclusion des conventions et sont indivisibles des autres dispositions de ces conventions ; qu’elles ont donc pour effet d’entacher de nullité l’ensemble desdites conventions. » [Nous soulignons]

³⁵⁸ CCP, art. L. 2213-3 et L. 3132-2.

domaniale avec constitution de droits réels (a.). De même, des mécanismes issus du droit civil peuvent attirer l'attention afin de faciliter le financement de projets publics à travers la constitution de droits réels en fiducie (b.)³⁵⁹.

a. Les occupations avec constitution de droits réels

Typologie des contrats d'occupation. Dans le cadre de la gestion de leur domaine (public ou privé), les personnes publiques peuvent, selon les cas, recourir à des instruments juridiques d'occupation domaniale variés autorisant la constitution de droits réels³⁶⁰. En effet, la loi autorise, en fonction de la nature du domaine, la conclusion d'autorisations conventionnelles d'occupation temporaire constitutives de droits réels³⁶¹ (i.), de baux emphytéotiques administratifs (BEA)³⁶² (ii.), de BEA de valorisation³⁶³ (iii.), de BEA en vue de la réalisation de logements sociaux³⁶⁴ (iv.), ou encore de baux de droit privé que sont les baux à construction³⁶⁵, les baux à réhabilitation³⁶⁶ et les baux réels immobiliers³⁶⁷ (v.).

i. L'autorisation conventionnelle d'occupation temporaire constitutive de droits réels

Fondement. Conformément aux dispositions de l'article L. 2122-6 du Code général de la propriété publique et de l'article L. 1311-5 du Code général des collectivités territoriales, les personnes publiques (l'État et ses établissements, ainsi que les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements) peuvent sur leur domaine public artificiel³⁶⁸ délivrer des autorisations conventionnelles d'occupation temporaire constitutive de droits réels.

³⁵⁹ Les développements suivants entendent présenter sommairement les différents dispositifs permettant la constitution de droits réels sur le domaine public ou privé de la personne publique.

³⁶⁰ Un tableau synthétique et comparatif est disponible à la fin de la sous-partie.

³⁶¹ CGPPP, art. L. 2122-6 à L. 2122-21 ; CGCT, art. L. 1311-5 à L. 1311-8.

³⁶² CGCT, art. L. 1311-2 à L. 1311-4 et R. 1311-1.

³⁶³ CGPPP, art. L. 2341-1.

³⁶⁴ Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, art. 7.

³⁶⁵ CCH, art. L. 251-1 à L. 251-9.

³⁶⁶ CCH, art. L. 252-1 à L. 252-6.

³⁶⁷ CCH, art. L. 254-1 à L. 254-9.

³⁶⁸ CGPPP, art. L. 2122-5 ; CGCT, art. L. 1131-8.

Durée. L'utilisation privative du domaine public est toujours temporaire³⁶⁹, mais, dans le cadre d'une occupation constitutive de droits réels, la durée ne saurait excéder 70 ans³⁷⁰. Toutefois, depuis l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, dans le cadre d'une occupation en vue d'une exploitation économique, la durée « *est fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis, sans pouvoir excéder [70 ans]* »³⁷¹. Une telle durée, comme le souligne Philippe Yolka, n'est nullement garantie, « *car les exigences de l'affectation publique justifient [...] un caractère précaire et révocable du titre (CGPPP, art. L. 2122-3)* »³⁷². Dès lors, l'autorisation d'occupation peut être modifiée, résiliée ou abrogée à tout moment pour des motifs d'intérêt général comme « *l'intérêt de la voirie, de l'ordre public, de la protection d'activités de service public, voire pour des motifs financiers dès lors qu'ils sont en rapport avec l'intérêt du domaine occupé (CE, 23 mai 2011, EPAD)* »³⁷³.

Objet et contenu. L'objet de cette convention est l'occupation privative du domaine public avec, à charge de l'occupant, la réalisation de travaux de construction ou de réhabilitation d'ouvrages ou d'installations indispensables à l'exercice de l'activité autorisée. Sont ainsi constitués des droits réels sur la dépendance domaniale occupée en vertu desquels le preneur est propriétaire des ouvrages qu'il réalise pendant toute la durée de la convention d'occupation domaniale. Le consentement de la personne publique, en sa qualité de bailleur, est obligatoire pour les ouvrages ou installations créées en cours d'exécution de la convention s'ils sont nécessaires à la continuité du service public. De même, la cession des droits réels est soumise à l'agrément de la personne publique bailleuse³⁷⁴. La disponibilité des droits réels est, ici, adaptée aux exigences du secteur public, et plus particulièrement, du service public.

Garantie. Dès lors, la constitution de droits réels permet à l'occupant de financer ses travaux par l'intermédiaire d'une hypothèque sur les droits réels qu'il détient ou les ouvrages dont il est propriétaire. Toutefois, cette hypothèque vise à garantir les emprunts contractés pour

³⁶⁹ CGPPP, art. L. 2122-2 ; CE, 9 nov. 2019, *Association Club seynois multisport*, n° 421491. Une exception est prévue pour les concessions perpétuelles dans les cimetières par l'article L. 2223-14 du CGCT.

³⁷⁰ CGPPP, art. L. 2122-6 ; CGCT, art. L. 1311-5.

³⁷¹ CGCP, art. L. 2122-2, al. 2.

³⁷² Philippe YOLKA, *op. cit.*, p. 141. Se fondant sur une décision du Conseil d'État du 27 mars 2020, *Commune de Palavas-les-Flots*, l'auteur précise, d'ailleurs, que le juge administratif n'apprécie pas la pertinence du motif invoqué, il contrôle uniquement son existence.

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ Cette cession n'est pas possible si les conditions de mise en concurrence de l'article L. 2122-1-1 du CGPPP s'y opposent.

financer l'édification ou l'amélioration des biens loués. Précisément, comme le relève Philippe Yolka, « ces titres attributifs de « droit réel administratif » ont en commun de procurer à leurs bénéficiaires respectifs davantage de sécurité que les titres classiques, par une longue durée qui permet d'amortir des investissements importants [...] et en prévoyant la possibilité de financer les ouvrages construits grâce au crédit-bail immobilier ou à l'hypothèque, ainsi que les modalités de transfert des autorisations domaniales »³⁷⁵.

Mise en concurrence. Sans revenir sur les développements précédents³⁷⁶, il convient juste de rappeler que la mise en concurrence par une procédure de sélection avec publicité préalable est obligatoire pour toute occupation du domaine public avec une exploitation économique³⁷⁷. En revanche, la procédure peut être allégée en cas d'occupation de courte durée, de nombre d'autorisations disponibles illimitées ou que le projet résulte d'une initiative privée³⁷⁸. Enfin les dispositions des articles L. 2122-1-2 et L. 2122-1-3 du Code général de la propriété des personnes publiques excluent toute procédure de mise en concurrence dans les situations suivantes :

- L'autorisation s'inscrit dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes garanties ;
- Le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou s'inscrit dans un montage contractuel conclu à la suite d'une procédure de sélection préalable ;
- En cas d'urgence (durée de l'occupation est alors d'un 1 an maximum) ;
- En cas de prolongation d'un titre existant (sous les conditions prévues à l'article L. 2122-1-2, 4° du Code général de la propriété des personnes publiques) ;
- L'organisation de la procédure est impossible ou non justifiée pour des raisons³⁷⁹ :
 - d'exclusivité ;
 - de « *in house* », de procédure antérieure infructueuse ;
 - de considérations géographiques, physiques techniques ou fonctionnelles ;
 - tenant à des impératifs de sécurité publique ou à l'exercice de l'autorité publique.

³⁷⁵ *Idem*, p. 151.

³⁷⁶ Voir *supra* : Partie 1, Section 2.

³⁷⁷ CGPPP, art. L. 2122-1-1.

³⁷⁸ *Idem*.

³⁷⁹ La décision est motivée en droit et en fait, puis rendue publique.

Nous remarquons donc que le régime des conventions d'occupation domaniale constitutives de droits réels s'aligne progressivement sur celui des contrats de la commande publique, et concilie, d'une part, les obligations de mise en concurrence caractéristiques d'un système économique libéral, et, d'autre part, les exigences tenant à la préservation de l'affectation domaniale d'un bien (et donc du régime de protection des biens publics). Cette conciliation se retrouve également au sein des baux emphytéotiques administratifs.

ii. Le bail emphytéotique administratif (BEA)

Bail emphytéotique et domaine privé. Prévu par le Code rural et de la pêche maritime, le bail emphytéotique est un contrat de location immobilière de longue durée (de 18 à 99 ans) par lequel le bailleur consent au preneur des droits réels sur le bien immobilier loué. L'objectif est alors de valoriser le patrimoine du bailleur par le preneur, moyennant un faible loyer. Les améliorations du bien immobilier bénéficient, en fin de contrat, directement et gratuitement au bailleur.

En raison de l'interdiction de constituer des droits réels civils sur les biens relevant du domaine public, le bail emphytéotique de droit commun³⁸⁰ ne peut porter sur un tel bien³⁸¹. Toutefois, le bail emphytéotique de droit commun peut être conclu sur un bien du domaine privé de la personne publique à condition de ne pas porter sur une opération d'intérêt général, au risque d'être requalifié en bail emphytéotique administratif (BEA) et d'être annulé pour défaut de mise en concurrence³⁸². C'est pourquoi il est indispensable de bien justifier le recours au bail emphytéotique de droit commun et d'éviter toute qualification d'une opération d'intérêt général. En cas de doute, la prudence commande de procéder à une mise en concurrence³⁸³ en raison d'un risque d'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne. La décision du Conseil d'État du 2 décembre 2022, *Commune de Biarritz*³⁸⁴, n'imposant pas de procédure de mise en concurrence pour l'occupation d'un bien relevant du domaine privé non rare, est

³⁸⁰ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 451-1.

³⁸¹ Voir par exemple : CAA Paris, 11 déc. 2023, n° 22PA00823.

³⁸² Cass., Civ. 3, 15 juin 2023, n° 21-22.816. Tel est le cas, notamment, pour la construction de logements sociaux. Voir : CA Chambéry, 7 déc. 2023, n° 21/01380.

³⁸³ Les BEA obéissent au même régime de mise en concurrence que les autorisations conventionnelles d'occupation domaniale. Voir *supra*.

³⁸⁴ CE, 2 déc. 2022, *Commune de Biarritz et la société Socomix*, n° 460100 ; CE, 2 déc. 2022, *Société Paris Tennis c. Sénat*, n° 455033.

susceptible de s'opposer à la décision de la Cour de Justice, *Promoimpresa Srl*³⁸⁵. Au-delà, une telle requalification produira des effets sur l'exécution même du bail puisqu'il sera soumis, *ab initio*, au régime du BEA.

Une décision de la Cour administrative d'appel de Marseille est revenue récemment sur cette obligation de conclure des BEA sur le domaine privé en cas de réalisation d'une opération d'intérêt général. Un bail emphytéotique du Code rural conclu par une personne publique sur son domaine privé « *en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général n'est pas, par elle-même, de nature à le faire regarder comme un bail emphytéotique administratif* »³⁸⁶. En revanche, la présence de « *clauses administratives* » exigeant du preneur, d'une part, l'aménagement et l'entretien des cheminements piétonniers sur le terrain loué et, d'autre part, leur libre usage au public entraîne la soumission du bail au régime des contrats administratifs³⁸⁷. Dès lors, lorsqu'une clause d'une convention d'occupation du domaine privé impose à son bénéficiaire d'affecter le bien occupé à l'usage du public, le contrat de bail emphytéotique est un contrat administratif, sans pour autant être un BEA³⁸⁸.

BEA. Pour admettre la constitution de droits réels sur des biens publics dans une perspective de valorisation patrimoniale des personnes publiques, le Code général des collectivités territoriales permet, aux collectivités territoriales, à leurs groupements et à leurs établissements publics de conclure des baux emphytéotiques administratifs (BEA) sur leur domaine public (à l'exception du domaine public soumis à contravention de voirie) et privé³⁸⁹.

Ce contrat, inspiré du bail emphytéotique de droit commun, a pour objet la location d'un bien immobilier pour une durée de 18 à 99 ans³⁹⁰ avec l'obligation pour le preneur de réaliser une opération de construction d'intérêt général relevant de la compétence du bailleur, ou pour l'affectation d'un édifice culturel ouvert au public à une association culturelle. À cette fin, le preneur détient des droits réels sur la dépendance domaniale occupée en vertu desquels il est propriétaire des ouvrages qu'il réalise pendant toute la durée du contrat. Ceux-ci lui permettent, là encore, d'obtenir des facilités de financement pour les projets de construction d'ouvrage ou d'installations.

³⁸⁵ CJUE, 14 juill. 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14 et *Mario Melis e.a.*, aff. C-67/15.

³⁸⁶ CAA Marseille, 14 oct. 2024, n° 24MA01202.

³⁸⁷ *Idem*.

³⁸⁸ Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, « Le bail emphytéotique administratif par la théorie de la domanialité publique virtuelle », *JCP A*, 2025, comm. 2169.

³⁸⁹ CGCT, art. L. 1311-2 à L. 1311-4 et R. 1311-1.

³⁹⁰ La fin anticipée demeure possible dans les mêmes conditions que pour les autorisations conventionnelles d'occupation domaniale, en vertu du caractère précaire et révocable des titres d'occupation. Voir *supra*.

Ces droits réels peuvent être cédés aux personnes subrogées au preneur dans ses droits et obligations au titre du BEA ou des conventions non détachables du BEA conclues pour l'exécution de l'opération d'intérêt général ou du service public³⁹¹. L'agrément préalable du bailleur est obligatoire avant toute cession.

Sort des biens au terme du contrat. Il convient de noter que les biens construits par le preneur sont restitués gratuitement à la personne publique bailleuse à la fin normale du BEA. Aucune indemnisation n'est due au preneur en cas de fin normale du bail, sauf si des stipulations le prévoient. Toutefois, le BEA étant un contrat administratif, le preneur a droit à une indemnisation en cas de résiliation, sous réserve que des stipulations contractuelles ne l'excluent pas. Le contrat de BEA peut, d'ailleurs, prévoir des stipulations réduisant cette indemnité.

Nous remarquons, ici, que le statut du bien public exerce une influence prépondérante sur le choix contractuel de la collectivité territoriale. En effet, si le bien public appartient au domaine public, le BEA s'impose. En revanche, s'il est un bien du domaine privé, la personne publique peut, sauf en matière d'énergie hydroélectrique où le BEA s'impose³⁹², décider de contracter un bail emphytéotique de droit commun (relevant du droit privé et donc de la compétence du juge judiciaire) ou un BEA (relevant du droit administratif, avec les marges de manœuvre qu'emporte un tel régime, et donc de la compétence du juge administratif). Pour autant, ce choix n'est en réalité pas véritablement libre puisque, si l'opération poursuivie sur le domaine privé revêt un motif d'intérêt général (dont l'appréciation est assez souple), alors l'unique option qui s'offre à la collectivité territoriale est le BEA.

La situation est similaire pour les BEA spécialisés que sont les BEA de valorisation et le BEA pour la réalisation de logements sociaux. Ceux-ci seront présentés sommairement.

iii. Le BEA de valorisation

Objet. Le BEA de valorisation est encadré par les dispositions de l'article L. 2341-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Celui-ci prévoit un BEA dit de valorisation dont l'objet est la location d'un bien immobilier relevant du domaine public ou du

³⁹¹ À l'instar des autorisations domaniales constitutives de droits réels, la cession n'est pas possible si les conditions de mise en concurrence de l'article L. 2122-1-1 du CGPPP s'y opposent.

³⁹² Cass. Civ. 3^e, 15 juin 2023, n° 21-22.816.

domaine privé avec l'obligation pour le preneur de le restaurer, de le réparer ou de le valoriser, pour une durée allant de 18 à 99 ans. Seuls l'État, les établissements du réseau des chambres de commerce et d'industrie, les établissements du réseau des chambres de métiers et de l'artisanat et les établissements du réseau des chambres d'agriculture peuvent recourir à ce dispositif.

Droits réels. Par ce BEA, des droits réels sont constitués pour le preneur sur la dépendance domaniale occupée en vertu duquel il est propriétaire des ouvrages qu'il réalise pendant toute la durée du contrat. Comme pour les autorisations conventionnelles d'occupation domaniale, ceci permet de contracter une hypothèque sur les droits réels ou les ouvrages dont le preneur est propriétaire pour garantir les emprunts contractés pour financer l'édification ou l'amélioration des biens loués.

Régime. Le régime du BEA de valorisation est identique à celui des autorisations conventionnelles d'occupation domaniale, tant pour l'attribution (avec mise en concurrence³⁹³) que pour la résiliation. Cependant, en tant que BEA, les biens construits par le preneur sont restitués au bailleur dans les conditions prévues pour les BEA classiques.

iv. Le BEA pour la réalisation de logements sociaux

Objet. Le BEA pour la réalisation de logements sociaux est encadré par les dispositions de l'article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés. Celui-ci prévoit un BEA dit « *Logements sociaux* » dont l'objet est la location d'un bien immobilier relevant du domaine public (à l'exception du domaine public soumis aux contraventions de voirie) ou privé avec l'obligation pour le preneur de réaliser la construction de logements sociaux, pour une durée allant de 18 à 99 ans. En raison de l'objectif de ce BEA, seules les personnes publiques ou privées ayant vocation à réaliser des logements sociaux peuvent conclure (en tant que preneur), avec l'État ou ses établissements publics (bailleurs) un tel bail constitutif de droits réels. Ces droits réels sont constitués sur la dépendance domaniale occupée avec l'obligation pour le preneur de réaliser des ouvrages ou d'entreprendre des travaux pour améliorer les ouvrages existants.

³⁹³ La procédure de mise en concurrence sur le domaine privé répond aux exigences de la décision précitée *Commune de Biarritz* du 2 décembre 2022.

Régime. Le régime du BEA pour la réalisation de logements sociaux est identique à celui du BEA classique³⁹⁴. Il convient de noter qu’au regard de la décision de la Cour d’appel de Chambéry du 7 décembre 2023 portant sur un bail emphytéotique de droit commun en vue de la réalisation de logements sociaux sur des biens relevant du domaine privé³⁹⁵, la conclusion d’un bail emphytéotique du Code rural et de la pêche maritime en lieu et place d’un BEA de logements sociaux sur le domaine privé de l’État ou de l’un de ses établissements publics pourrait, de la même manière, être requalifié en BEA de logements sociaux en raison de la poursuite d’un intérêt général par l’opération de construction et de location.

Finalement, l’ensemble de ces dispositifs témoignent que des contrats administratifs peuvent prévoir la constitution de droits réels (en dehors des cas des marchés de partenariat ou des contrats de concession³⁹⁶) sans remettre en cause le régime de protection des biens publics. En effet, l’affectation du bien public à l’utilité publique ou au service public est préservée par le contrôle continu de la personne publique propriétaire sur la disposition des droits réels. De plus, le sort des biens pour les BEA, qui s’inscrivent dans une opération d’intérêt général, sont restitués à la personne publique bailleuse en fin de contrat (anticipée ou non), conformément au principe de l’indisponibilité du domaine public.

Ceci participe à la valorisation du patrimoine foncier des personnes publiques, tant sur leur domaine public que sur leur domaine privé. D’ailleurs, d’autres instruments juridiques (de droit privé) leur permettent de faire fructifier leur domaine privé : le bail à construction, le bail à réhabilitation et le bail réel immobilier³⁹⁷.

v. Les baux de droit privé

Bail à construction. Prévu aux articles L. 251-1 à L. 251-9 du Code de la construction et de l’habitation, le bail à construction est un contrat constitutif d’un droit réel immobilier conclu, pour une durée comprise entre 18 et 99 ans, pour la location d’un bien immobilier avec l’obligation, à titre principal, pour le preneur d’édifier des constructions sur le terrain du bailleur

³⁹⁴ Attention, pour la cession des droits réels, ceux-ci ne peuvent se faire qu’avec une personne publique ou privée pouvant conclure un BEA de logements sociaux.

³⁹⁵ CA Chambéry, 7 déc. 2023, n° 21/01380, précitée.

³⁹⁶ Voir *supra*.

³⁹⁷ À noter : si les biens du domaine privé de la personne publique sont considérés comme rares au sens de la jurisprudence *Commune de Biarritz* (précitée), une procédure de mise en concurrence pourrait être exigée lorsque l’occupation privative est à des fins économiques.

et à les conserver dans un bon état d'entretien pendant la durée du contrat. Il peut être consenti par toute personne physique ou morale. À ce titre, une personne publique peut mettre à disposition en bail à construction un terrain relevant de son domaine privé.

L'exercice du droit réel immobilier du preneur est encadré par la finalité du bail à construction (construction, entretien, utilisation et remise des ouvrages) et les droits du bailleur. Le droit réel immobilier constitué au bénéfice du preneur lui permet d'hypothéquer tant le droit réel que les constructions édifiées sur le terrain loué, ainsi que de consentir des servitudes indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail. Il peut également librement céder ses droits ou les apporter en société. Au regard de son droit réel immobilier, un tel dispositif est incompatible avec le principe d'indisponibilité du domaine public et d'insaisissabilité des biens publics³⁹⁸. La désaffectation et le déclassement du bien sont donc un préalable indispensable à tout bail à construction.

Bail à construction administratif. Lorsqu'il est conclu sur le domaine public, un bail à construction n'est pas de ce simple fait illégal. En effet, il ne l'est qu'à la condition que des clauses du contrat sont incompatibles avec le droit du domaine public et qu'aucune clause ne garantisse la protection du bien public et son utilisation conformément à son affectation³⁹⁹. Ainsi, lorsqu'un tel bail est conclu sur le domaine public, il doit respecter le régime des autorisations d'occupation domaniale prévues aux articles L. 2122-6 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques⁴⁰⁰. Si une partie de la doctrine a pu évoquer un « *bail à construction administratif* », il s'agit plus vraisemblablement, au regard de son régime, d'une autorisation conventionnelle d'occupation domaniale spécifique qui, si le bien ne devait pas être restitué à la personne publique bailleuse, devrait prévoir dans ses clauses une procédure de désaffectation et de déclassement dudit bien avant le transfert de propriété⁴⁰¹. Pour éviter tout risque de requalification, Laurent Bidault et Baptiste Robelin recommandent que :

« Dès lors, la personne publique qui envisage la conclusion d'un bail à construction sur son domaine public doit être particulièrement vigilante à adapter celui-ci aux prescriptions et règles afférentes au domaine public. Étant rappelé que la personne publique qui conclut un contrat

³⁹⁸ CE, 23 juin 2004, *Association éducatives des arts, cultures et traditions populaire*, n° 259474.

³⁹⁹ CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n° 390118 ; Caroline CHAMARD-HEIM, « Illégalité d'un bail à construction sur le domaine public et responsabilité de la personne publique », *Ctts et MP*, 2022, n° 1.

⁴⁰⁰ Voir *supra*.

⁴⁰¹ En ce sens, voir : Laurent BIDAULT et Baptiste ROBELIN, « Le bail à construction est-il adapté aux personnes publiques ? », *CP*, 2022, n° 228, p. 34, spéc. p. 36-37.

illégal commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité, son cocontractant pouvant alors prétendre à la réparation du préjudice subi [CAA Nantes, 9 mai 2014, M. A., n° 12NT03234 ; CAA Marseille, 25 octobre 2021, SCI Milan, n° 19MA00191]. »⁴⁰²

Bail à construction et commande publique. Le risque de requalification d'un bail à construction ne se limite pas à la soumission au régime des occupations domaniales. Il s'étend également au risque de requalification en marché public de travaux ou en contrat de concession. En effet, au même titre qu'une VEFA⁴⁰³ ou qu'un BEFA⁴⁰⁴, si la personne publique bailleuse exerce une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage à réaliser par le preneur, pour répondre aux besoins de la personne publique en contrepartie d'un prix (ou un équivalent), alors le contrat répond à la définition d'un marché public de travaux⁴⁰⁵. À ce titre, une simple intention d'une personne publique de favoriser le développement d'un tourisme d'affaires ne saurait caractériser une influence déterminante, d'autant plus lorsque le projet relève d'une initiative privée⁴⁰⁶. Enfin, au regard de la globalité de la mission du bail à construction, le bail à construction pourrait être requalifié en contrat de concession de travaux⁴⁰⁷.

Bail à réhabilitation. Par ailleurs, les personnes publiques peuvent recourir à des baux à réhabilitation, conformément aux dispositions des articles L. 252-1 à L. 252-6 du Code de la construction et de l'habitation. L'objet de ces contrats est de louer, pour une durée de 12 ans minimum et avec constitution de droits réels, un bien immobilier avec l'obligation pour le preneur d'effectuer des travaux d'amélioration sur l'immeuble du bailleur et à le conserver en

⁴⁰² *Ibidem*, p. 37.

⁴⁰³ Paul-Maxence MURGUE-VAROCPLIER, « La VEFA interdite », commentaire sous Cass. 3e civ., 26 oct. 2023, n° 22-19.444, *Cne X c/ SCCV du Soleil, Dr. adm.*, 2024, n° 5, comm. 16 ; Johan SANGUINETTE, « VEFA et commande publique : quelles relations ? », *CP*, 2022, n° 228, p. 24.

⁴⁰⁴ CE, 3 avr. 2024, *SCI Victor Hugo 21*, n° 472476 ; Mathias AMILHAT, « Les BEFA et VEFA face au droit de la commande publique : un combat perdu d'avance ? », note sous CE, 3 avril 2024, n° 472476, *SCI Victor Hugo 21, AJDA*, 2024, n° 23, p. 1291 ; Mathias AMILHAT, « VEFA or not VEFA ? Retour sur la qualification des contrats conclus par les personnes publiques », *RDI*, 2021, n° 6, p. 320 ; Louis BAHOUAGNE, « Le montage financier d'une VEFA publique », *RDI*, 2021, n° 6, p. 330 ; Paul-Maxence MURGUE-VAROCPLIER, « BEFA et marché public de travaux : une incompatibilité juridique », commentaire sous CE, 3 avril 2024, n° 472476, *SCI Victor Hugo 21, JCP A*, 2024, n° 24, 2177 ; « BEFA, commande publique et loyauté des relations contractuelles », commentaire sous TA Grenoble, 9 nov. 2022, n° 2202198, *SCI Victor Hugo 21, JCP A*, 2023, n° 5, 2036.

⁴⁰⁵ CCP, art. L. 1111-2.

⁴⁰⁶ TA Paris, 6 mai 2019, *Projet de la Tour Triangle*, n° 1801863/4-2, cité in Laurent BIDAULT et Baptiste ROBELIN, *art. cit.*, p. 38.

⁴⁰⁷ Laurent BIDAULT et Baptiste ROBELIN, *art. cit.*, p. 38 : « [...] le bail à construction est susceptible d'être requalifié en contrat de concession, dès lors qu'il serait confié au preneur la réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par la personne publique, laquelle ne doit donc pas exercer une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage à réaliser ; et que le preneur serait rémunéré en contrepartie notamment de l'exploitation de l'ouvrage. »

bon état d'entretien et de réparations de toute nature en vue de louer cet immeuble à usage d'habitation pendant la durée du contrat. Toute personne physique ou morale peut avoir la qualité de bailleur, sous condition pour la personne publique que le bail concerne un bien relevant de son domaine privé.

Contrairement aux autres baux, celui-ci ne peut pas être pris par toute personne. Peuvent être preneurs les collectivités territoriales, les organismes d'habitations à loyer modéré, les sociétés d'économie mixte dont l'objet est de construire ou de donner à bail des logements, les organismes de fonciers solidaires, et les organismes bénéficiant de l'agrément relatif à la maîtrise d'ouvrage.

À l'exception de cette spécificité qui restreint les personnes auxquelles les droits réels peuvent être cédés, ainsi que l'agrément préalable obligatoire du bailleur avant toute cession de ces droits, le régime du bail à réhabilitation est similaire à celui du bail à construction.

Bail réel immobilier. Conclu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans, le bail réel immobilier consiste en la location, assortie de droits réels, d'un bien immobilier du domaine privé d'une collectivité territoriale (de l'un de ses groupements ou de l'un de ses établissements publics) ou d'un établissement public foncier de l'État avec l'obligation pour le preneur de construire ou de réhabiliter des constructions existantes en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements dont le prix du loyer ou d'acquisition est encadré par décret⁴⁰⁸. À l'issue du contrat, les biens sont retournés, sans indemnité (sauf stipulation contraire), au bailleur. Une attention particulière doit être portée sur les engagements du preneur puisque seuls les travaux prévus au contrat peuvent être exécutés. Le régime juridique est similaire à celui des baux à construction avec une spécificité tenant à la cession des droits réels. Ceux-ci ne peuvent être cédés que dans les conditions fixées à l'article L. 254-5 du Code de la construction et de l'habitation, notamment et sous peine de nullité :

- Le cédant communique une offre préalable de cession au futur acquéreur ;
- L'offre du cédant mentionne expressément le caractère temporaire du droit réel et sa date d'extinction, sans oublier de reproduire les dispositions des articles L. 254-1 à L. 254-9 du Code de la construction et de l'habitation en vue du consentement éclairé de l'acquéreur ;
- L'offre du cédant ne peut être retirée avant un délai d'au minimum 30 jours à compter de la date de réception de l'offre par le futur acquéreur ;

⁴⁰⁸ CCH, art. L. 254-1 à L. 254-9.

- Un délai de 10 jours minimum doit être respecté entre la réception de l’offre du cédant et son acceptation par l’acquéreur.

Enfin, l’article L. 254-6 du Code de la construction et de l’habitation dispose pour les acquéreurs non professionnels d’une protection spécifique. Ceux-ci peuvent se rétracter dans un délai de dix jours à compter de la notification du contrat, par application des articles L. 271-1 à L. 271-3 du même code.

En définitive, ces baux de droit privé constitutifs de droits réels permettent de relativiser la portée du principe d’insaisissabilité des biens publics. En effet, lorsqu’ils relèvent du domaine privé puisque, à travers une hypothèque ou un crédit-bail, par exemple, ou la cession des droits réels, de tels biens peuvent sortir du patrimoine de la personne publique bailleuse.

Synthèse. Un tableau synthétique et comparatif recense les éléments caractéristiques des sept dispositifs présentés dans le cadre des occupations domaniales avec constitution de droits réels pour l’occupant ou le preneur.

Figure 1.01 : Tableau synthétique sur les conventions constitutives de droits réels

	CONTRATS ADMINISTRATIFS				CONTRATS DE DROIT PRIVÉ		
	AOT DR	BEA	BEA de valorisation	BEA de logements sociaux	Bail à construction ⁴⁰⁹	Bail à réhabilitation	Bail réel immobilier
Fondement juridique	CGPPP, art. L. 2122-6 à L. 2122-21. CGCT, art. L. 1311-5 à L. 1311-8.	CGCT, art. L. 1311-2 à L. 1311-4 et R. 1311-1.	CGPPP, art. L. 2341-1.	Loi n° 2009-179, art. 7.	CCH, art. L. 251-1 à L. 251-9.	CCH, art. L. 252-1 à L. 252-6.	CCH, art. L. 254-1 à L. 254-9.
Durée	70 ans maximum.	Entre 18 et 99 ans.				12 ans minimum.	Entre 18 et 99 ans.
Domaine occupé	Domaine public artificiel.	Domaine public à l’exception de celui soumis à contravention de voirie. Domaine privé.	Domaine public. Domaine privé.	Domaine public à l’exception de celui soumis à contravention de voirie. Domaine privé.	Domaine privé.		

⁴⁰⁹ Dans ce tableau, le « *bail à construction administratif* » (ou bail à construction sur le domaine public) n’est pas évoqué, son régime se rapprochant de celui des autorisations d’occupation domaniale. Voir *supra*.

<p>Objet</p>	<p>Occupation privative avec réalisation de travaux de réalisation ou de réhabilitation d'ouvrages, de construction ou d'installations indispensables à l'exercice de l'activité autorisée.</p>	<p>Location d'un bien immobilier avec l'obligation pour le preneur de réaliser une opération de construction d'intérêt général relevant de la compétence du bailleur, ou pour une affectation d'un édifice culturel ouvert au public à une association culturelle.</p>	<p>Location d'un bien immobilier avec l'obligation pour le preneur de le restaurer, de le réparer ou de le valoriser.</p>	<p>Location d'un bien immobilier avec l'obligation pour le preneur de réaliser la construction de logements sociaux.</p>	<p>Location d'un bien immobilier avec l'obligation (à titre principal) pour le preneur d'édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver dans un bon état d'entretien pendant la durée du contrat.</p>	<p>Location d'un bien immobilier avec l'obligation pour le preneur d'effectuer des travaux d'amélioration sur l'immeuble du bailleur et à le conserver en bon état d'entretien et de réparations de toute nature en vue de louer cet immeuble à usage d'habitation pendant la durée du contrat.</p>	<p>Location d'un bien immobilier avec l'obligation pour le preneur de construire ou de réhabiliter des constructions existantes en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements dont le prix du loyer ou d'acquisition est encadré par décret.</p> <p>Seuls les travaux prévus au contrat peuvent être exécutés.</p>
<p>Propriétaire ou bailleur</p>	<p>État et ses établissements publics.</p> <p>Collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics.</p>	<p>Collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics.</p>	<p>État.</p> <p>Établissements du réseau des chambres de commerce et d'industrie.</p> <p>Établissements du réseau des chambres de métiers et de l'artisanat.</p> <p>Établissements du réseau des chambres d'agriculture.</p>	<p>État et ses établissements publics.</p>	<p>Toute personne physique ou morale (de droit public ou de droit privé).</p>	<p>Collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics.</p> <p>Établissements publics fonciers de l'État.</p>	<p>Collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics.</p> <p>Établissements publics fonciers de l'État.</p>
<p>Occupant ou preneur</p>	<p>Toute personne physique ou morale (de droit public ou de droit privé).</p>			<p>Personne publique ou privée ayant vocation à réaliser des logements sociaux.</p>	<p>Toute personne physique ou morale (de droit public ou de droit privé).</p>	<p>Collectivités territoriales.</p> <p>Organismes d'habitations à loyer modéré.</p> <p>SEM dont l'objet est de construire ou de donner à bail des logements.</p> <p>Organismes de foncier solidaire.</p> <p>Organismes bénéficiant de l'agrément relatif à la</p>	<p>Toute personne physique ou morale (de droit public ou de droit privé).</p>

					maîtrise d'ouvrage.
Procédures de mise en concurrence	<p>Occupation du domaine public avec exploitation économique :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mise en concurrence obligatoire par une procédure de sélection avec publicité préalable. <p>Procédures allégées si :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'occupation est de courte durée ; - Le nombre d'autorisation disponibles n'est pas limité ; - Le résultat d'une initiative privée. <p>Exclusion possible si :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'autorisation s'inscrit dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes garanties ; - Le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou s'inscrit dans un montage contractuel conclu à la suite d'une procédure de sélection préalable ; - Urgence (durée de l'occupation est alors d'un 1 an maximum) ; - Prolongation d'un titre existant (sous conditions prévues à l'article L. 2122-1-2, 4° du CGPPP) ; - L'organisation de la procédure est impossible ou non justifiée pour des raisons : <ul style="list-style-type: none"> ▪ d'exclusivité ; ▪ de « in house » ; ▪ de procédure antérieure infructueuse ; ▪ de considérations géographiques, physiques techniques ou fonctionnelles ; ▪ tenant à des impératifs de sécurité publique ou à l'exercice de l'autorité publique. <p>La décision est <u>motivée en droit et en fait, puis rendue publique</u>.</p>				
		<p>Occupation du domaine privé avec exploitation économique d'un « bien rare » :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mise en concurrence obligatoire par une procédure de sélection avec publicité (cf. domaine public). 	<p>Occupation du domaine privé avec exploitation économique d'un « bien rare » :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mise en concurrence obligatoire par une procédure de sélection avec publicité (cf. domaine public). 		
Droits réels	<p>Droit réel sur la dépendance domaniale occupée en vertu duquel le preneur est propriétaire des ouvrages qu'il réalise pendant toute la durée du contrat.</p> <p>Consentement du bailleur en cas d'ouvrages nécessaires à la continuité du service public.</p>	<p>Droit réel sur la dépendance domaniale occupée en vertu duquel le preneur est propriétaire des ouvrages qu'il réalise pendant toute la durée du contrat.</p>	<p>Droit réel sur la dépendance domaniale occupée en vertu duquel le preneur est propriétaire des ouvrages qu'il réalise pendant toute la durée du contrat.</p>	<p>Droit réel sur la dépendance domaniale occupée avec l'obligation pour le preneur de réaliser des ouvrages ou d'entreprendre des travaux pour améliorer les ouvrages existants.</p>	<p>Droit réel immobilier.</p>
	<p>Hypothèque sur les droits réels ou les ouvrages dont le preneur est propriétaire.</p>	<p>Hypothèque sur les droits réels ou les ouvrages dont le preneur est propriétaire.</p>	<p>Hypothèque sur les droits réels ou les ouvrages dont le preneur est propriétaire.</p> <p>Visé à garantir les emprunts contractés pour financer l'édification ou l'amélioration des biens loués.</p>	<p>Hypothèque sur les droits réels ou les ouvrages dont le preneur est propriétaire.</p> <p>Droit réel peut faire l'objet d'une saisie dans les formes prescrites par la saisie immobilière.</p>	

	<p>Visé à garantir les emprunts contractés pour financer l'édification ou l'amélioration des biens loués.</p>	<p>Visé à garantir les emprunts contractés pour financer l'édification ou l'amélioration des biens loués.</p> <p>Approbation par le bailleur, sous peine de nullité.</p> <p>Respect du droit des aides publiques sur le montant garanti par l'hypothèque.</p>					
	<p>Crédit-bail possible avec des clauses préservant les exigences du service public.</p>			<p>Crédit-bail possible.</p>			
<p>Cession</p>	<p>Droit réel cessible à une personne agréée par le bailleur.</p> <p>Impossible si les obligations de mise en concurrence de l'article L. 2122-1-1 du CGPPP s'y opposent.</p>	<p>Droit réel cessible aux personnes subrogées au preneur dans ses droits et obligations au titre du BEA ou des conventions non détachables du BEA conclues pour l'exécution de l'opération d'intérêt général ou du service public.</p> <p>Agrément préalable du bailleur.</p> <p>Impossible si les obligations de mise en concurrence de l'article L. 2122-1-1 du CGPPP s'y opposent.</p>	<p>Droit réel cessible à une personne agréée par le bailleur.</p> <p>Impossible si les obligations de mise en concurrence de l'article L. 2122-1-1 du CGPPP s'y opposent.</p>	<p>Droit réel cessible aux personnes subrogées au preneur dans ses droits et obligations au titre du BEA ou des conventions non détachables du BEA conclues pour l'édification des logements sociaux.</p> <p>Agrément préalable du bailleur.</p>	<p>Droit réel cessible en tout ou partie.</p> <p>Apport en société possible.</p>	<p>Droit réel cessible à une personne morale pouvant être preneur d'un tel bail, uniquement si le droit réel porte sur la totalité de l'immeuble loué.</p> <p>Accord préalable du bailleur.</p>	<p>Droit réel cessible en tout ou partie dans les conditions prévues aux articles L. 254-5 à L. 254-7 du CCH.</p>
<p>Résiliation</p>	<p>Résiliation amiable à tout moment (avec retour anticipé des biens pour les BEA).</p>			<p>Résiliation amiable ou judiciaire avec retour anticipé des biens au bailleur.</p>			
	<p>Résiliation unilatérale par la personne publique pour :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inexécution du contrat ; - Tout motif d'intérêt général, à tout moment, sous réserve de l'indemnisation du préjudice direct, matériel et certain né de la fin anticipée du contrat de l'occupant ou du preneur. 			<p>Absence de droit à résiliation unilatérale par la personne publique (sauf inexécution du contrat).</p>			

Sort des biens	Remise à nu par principe.	Retour des biens au bailleur, sans indemnité (sauf si le contrat le prévoit).
Publicité foncière	Obligatoire.	

b. La fiducie

Notion. Introduite en 2007 dans le Code civil⁴¹⁰, la fiducie est un contrat par lequel une personne physique ou morale, publique ou privée, nommée « le constituant », transfère temporairement à un tiers, appelé « le fiduciaire »⁴¹¹, la propriété d'un bien ou d'un droit (ou d'un ensemble de biens ou de droits) placé dans un patrimoine d'affectation (c'est-à-dire le patrimoine de la fiducie). Le fiduciaire a l'obligation de conserver et gérer le patrimoine fiduciaire conformément aux objectifs stipulés dans le contrat de fiducie, puis, au terme de la fiducie, de le transférer à un bénéficiaire. Ce bénéficiaire peut être le constituant lui-même.

Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité les biens, droits ou sûretés transférés, la durée du transfert (qui ne peut excéder 99 ans à compter de la signature du contrat), l'identité du ou des constituants, l'identité du ou des fiduciaires, l'identité du ou des bénéficiaires, la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition⁴¹².

Sous peine de nullité, la fiducie et ses avenants doivent être enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France⁴¹³. Pour les fiducies portant sur des biens immobiliers ou des droits réels immobiliers, elles doivent également, sous peine de nullité, faire l'objet d'une publicité foncière⁴¹⁴.

Le fiduciaire doit exécuter sa mission avec loyauté et conformément aux objectifs du contrat. Sauf stipulations particulières, il agit, contre rémunération, comme le propriétaire et rend compte de sa mission au constituant et au bénéficiaire. Il est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission, conformément aux dispositions de l'article 2026 du Code civil.

⁴¹⁰ CCiv., art. 2011 à 2030.

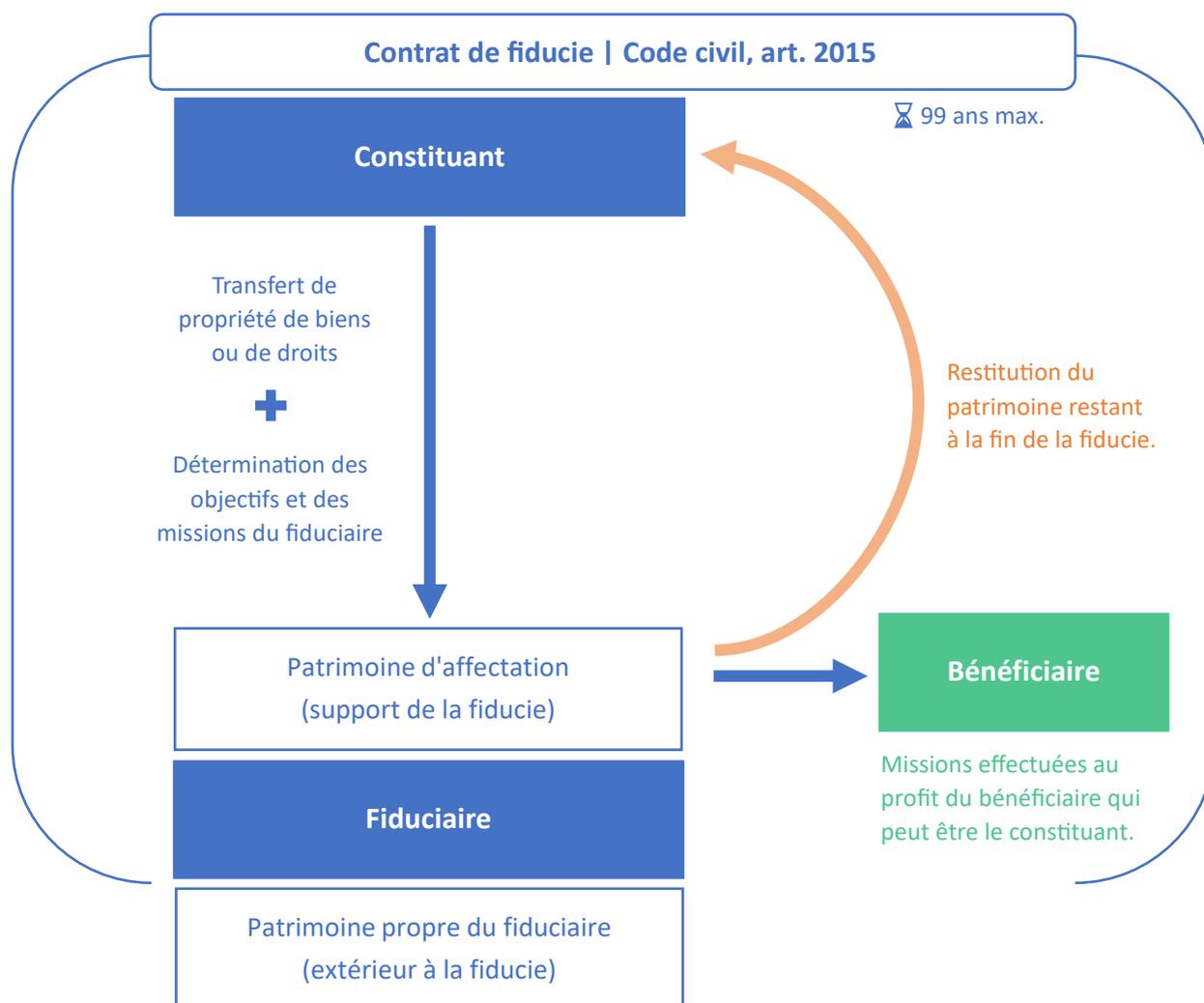
⁴¹¹ La qualité de fiduciaire doit répondre aux exigences de l'article 2015 du Code civil.

⁴¹² CCiv., art. 2018.

⁴¹³ CCiv., art. 2019, al 1.

⁴¹⁴ CCiv., art. 2019, al. 2.

Figure 1.02 : Schéma d'un contrat de fiducie



Développement mesuré de la pratique. Au regard de la variété des contrats de fiducie (par exemple : fiducie-gestion⁴¹⁵ ou fiducie-sûreté⁴¹⁶), et depuis l'institution du dispositif en 2007, il aurait été possible de croire à un essor de cette pratique. Pour autant, en 2020, le ministre de l'Économie et des finances annonçait que le registre national des fiducies recensait uniquement 208 fiducies actives en France⁴¹⁷. La question qui se pose, dans le secteur public, est celle de savoir si un tel dispositif est intéressant en pratique. Sans être exhaustifs, les développements suivants entendent simplement évoquer des pistes de réflexion.

⁴¹⁵ Pour gérer un patrimoine fiduciaire dans l'intérêt du bénéficiaire.

⁴¹⁶ Pour garantir une créance par un tiers : le fiduciaire se voit confier des biens ou des droits en garantie d'une dette entre le constituant et le bénéficiaire. Si le constituant est défaillant, alors le bénéficiaire pourra se voir transférer le droit ou le bien géré par le fiduciaire au titre de garantie.

⁴¹⁷ Rép. Min. n° 28723, *JOAN*, 17 novembre 2020, p. 8192.

Fiducie et commande publique. En raison de la durée d'une fiducie, l'intérêt d'y recourir se constate principalement dans le cadre des contrats de concession⁴¹⁸. Effectivement, par l'effet relatif des contrats⁴¹⁹, les biens appartenant à un tiers qui sont loués ou mis à disposition du concessionnaire ne peuvent pas être qualifiés de biens de retour, même s'ils sont nécessaires au service public⁴²⁰. Or, le patrimoine fiduciaire s'il est destiné à un bénéficiaire autre que le constituant (le concessionnaire) et l'autorité concédante, par exemple un prêteur, le bien ne saurait être considéré comme la propriété du concessionnaire, non plus de l'autorité concédante.

Fiducie et occupations domaniales. La fiducie-gestion peut être une alternative aux contrats d'occupation domaniale précédemment évoqués en considérant le bénéficiaire comme étant le constituant, c'est-à-dire la personne publique. Toutefois, un soin doit être porté sur les stipulations contractuelles pour éviter qu'un tel montage contractuel ne s'apparente à une concession. Par ailleurs, la fiducie-sûreté peut également être intéressante, non pas pour les occupations domaniales constitutives de droits réels (puisque la fiducie serait ici surabondante), mais pour celles n'en constituant pas dans le cadre d'une construction réalisée par l'occupant.

Synthèse. Finalement, le secteur public dispose de nombreuses solutions pour combler, dans le cadre de sa gestion contractuelle, les restrictions posées par le régime de protection des biens publics. D'une part, les occupations domaniales, les BEA (classiques et spécifiques) ainsi que les baux à construction, à réhabilitation et réels immobiliers offrent la possibilité pour les personnes publiques de valoriser leur patrimoine à travers la constitution de droits réels pour les occupants ou les preneurs. D'autre part, des mécanismes de droit privé se sont adaptés aux spécificités du droit public afin de permettre la reconnaissance de sûreté réelle et de droits réels sur des biens publics, à l'image du crédit-bail, de l'hypothèque administrative et de la fiducie.

⁴¹⁸ Pour les marchés de partenariat, la fiducie-sûreté pourrait être intéressante, mais il est déjà possible de constituer des hypothèques conformément aux dispositions de l'article L. 2232-4 du Code de la commande publique.

⁴¹⁹ Il convient d'apporter une précision. Le contrat de fiducie doit être autonome du contrat de concession pour éviter l'unicité de l'ensemble contractuel. Il interviendra donc en cours d'exécution de la concession, et le contrat de concession ne mentionnera pas, dans ses stipulations, la possibilité d'une fiducie.

⁴²⁰ CAA Marseille, 16 déc. 2019, *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence*, n° 18MA03183 ; CAA Marseille, 17 avr. 2023, *Communauté de communes de la Vallée de l'Ubaye*, n° 23MA00452.

2. La constitution de sûretés réelles

Notions de sûreté réelle. Classiquement, une sûreté réelle (par exemple, l'hypothèque, le nantissement ou le crédit-bail) consiste en l'affectation d'un bien à titre de garantie d'une créance. Elle se différencie d'une sûreté personnelle (telle que le cautionnement, l'assurance-crédit ou la subrogation personnelle) où un tiers se porte garant d'un débiteur (en cas de défaillance de sa part) envers un créancier.

Distinction avec les droits réels. Certaines théories civilistes assimilent la propriété, les sûretés réelles et les droits réels, et d'autres conçoivent la propriété comme un droit exclusif qui se distingue, dans une idée de *summa divisio*, des droits réels (intégrant les sûretés et les servitudes)⁴²¹. Or, pour « *mettre en valeur la distinction entre les droits réels administratifs, qui constituent l'assiette, et les sûretés réelles administratives qui les grevent* »⁴²², Morgan Schmiederer, sous l'inspiration de la théorie obligationnelle de Samuel Ginossar⁴²³, nous invite à appréhender les droits des biens sous un angle relationnel.

Comme le relève Frédéric Zenati-Castaing, Samuel Ginossar conçoit les droits réels comme « *un rapport d'obligation entre leur titulaire et le propriétaire de la chose grevée* » qui « *confère à son titulaire un pouvoir d'une nature sensiblement différente de celle du propriétaire* » : « *La chose n'est pas à lui ; elle lui est simplement affectée* »⁴²⁴. Un droit réel instaure alors une relation d'obligations entre le propriétaire, son bien et le bénéficiaire de ce droit. Suivant Frédéric Zenati-Castaing, une concurrence de prérogative s'observe alors entre le propriétaire et le bénéficiaire sur le bien :

« *La constitution de droit réel est disposition non pas en ce qu'elle provoque la disparition du lien de propriété existant entre le propriétaire et son bien, mais en ce qu'elle altère ce lien par l'octroi d'une prérogative concurrente résultant de l'affectation de la chose à un tiers.* »⁴²⁵

Cependant, Samuel Ginossar ne distingue pas les sûretés réelles des droits réels. C'est pourquoi Morgan Schmiederer propose de « *renouveler la notion de droit réel et de lui fournir*

⁴²¹ Morgan SCHMIEDERER, *Les sûretés réelles administratives*, Thèse, Paris 1, par. 27 et par. 267-270.

⁴²² *Ibidem*, par. 29.

⁴²³ Voir : Samuel GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, 1960, par. 40-42.

⁴²⁴ Frédéric ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.*, 1993, p. 305.

⁴²⁵ *Idem*.

un régime, afin d'identifier les droits réels pouvant être l'assiette d'une sûreté réelle administrative »⁴²⁶. En présentant la propriété comme « *le seul droit direct, immédiat et individuel sur un bien* »⁴²⁷, il singularise les servitudes, les sûretés et les droits réels comme « *des droits médiats sur un bien, disposant d'un intermédiaire entre le titulaire et le bien* »⁴²⁸.

Chacun de ces droits se trouve ainsi défini en fonction de la relation qui lie le bien (ou les biens), le titulaire et l'intermédiaire. Partant, les notions de sûretés réelles et de droits réels se distinguent. Pour Morgan Schmiederer, le droit réel est alors « *une relation d'obligations entre un propriétaire et un occupant consistant en ce que le premier transfère temporairement des utilités [sur un bien] au second* »⁴²⁹. Le droit réel constitue l'assiette des sûretés réelles. En tant qu'accessoire d'une créance, la sûreté réelle garantit l'exécution de l'obligation du débiteur envers son créancier par l'affectation d'un bien ou d'un droit réel, présent ou à venir, au bénéfice exclusif ou préférentiel du créancier en cas de défaillance du débiteur⁴³⁰.

Principe en domanialité publique. En raison de la prohibition traditionnelle de la constitution de droits réels sur le domaine public⁴³¹. Les sûretés réelles sont difficilement mises en œuvre en droit public, à défaut d'assiette (de droits réels) et du principe d'insaisissabilité des biens publics.

Évolution. Aujourd'hui, dans le cadre de la valorisation du patrimoine public et des occupations temporaires constitutives de droits réels, des hypothèques de droit administratif sur des droits réels ou des biens immobiliers peuvent être consenties par l'occupant privé sous condition d'agrément préalable de la personne publique (a.). De plus, des mécanismes se développent dans le secteur public afin de faciliter le financement de projets publics, notamment à travers la constitution de sûretés réelles avec un crédit-bail (b.)⁴³².

⁴²⁶ Morgan SCHMIEDERER, *op. cit.*, par. 29.

⁴²⁷ *Idem.*

⁴²⁸ *Idem.*

⁴²⁹ *Idem.*

⁴³⁰ En cela, les sûretés réelles se différencient des sûretés personnelles qui consistent en l'engagement d'un tiers (qui peut se retourner contre le débiteur principal en cas de défaillance de sa part) envers un créancier.

⁴³¹ Voir *supra*.

⁴³² Les développements suivants entendent présenter sommairement les différents dispositifs permettant la constitution de sûretés réelles en droit public.

a. L'hypothèque pour les personnes publiques dans les occupations domaniales constitutives de droits réels

Notion. L'hypothèque constitue une sûreté réelle de mise en gage d'un bien immobilier par son propriétaire afin d'obtenir des facilités financières de la part d'un créancier⁴³³. En cas de défaillance du débiteur, elle garantit le remboursement pour ce dernier. Tout au long de la durée de l'hypothèque, le propriétaire n'est pas dépossédé de son bien, aussi longtemps que celui-ci honore ses obligations financières.

Spécificité pour les personnes publiques. L'hypothèque légale est interdite pour les biens relevant du domaine public et du domaine privé en raison du principe d'insaisissabilité consacrée à l'article L. 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques⁴³⁴. Pour autant, dans le cadre des occupations avec constitution de droits réels, le recours à l'hypothèque est expressément autorisé :

- **Pour les autorisations conventionnelles d'occupation domaniale constitutives de droits réels, les BEA de valorisation et les BEA de logements sociaux :** L'hypothèque est valable sur les droits réels ou les ouvrages dont le preneur est propriétaire. Elle vise à garantir les emprunts contractés pour financer l'édification ou l'amélioration des biens loués⁴³⁵ ;
- **Pour les BEA :** L'hypothèque sur les droits réels ou les ouvrages dont le preneur est propriétaire est possible à condition qu'elle ne vise qu'à garantir les emprunts contractés pour financer l'édification ou l'amélioration des biens loués. Par ailleurs, sous peine de nullité, la constitution de l'hypothèque doit être préalablement approuvée par le bailleur⁴³⁶ ;
- **Pour le bail à construction, le bail à réhabilitation et le bail réel immobilier :** l'hypothèque peut être consentie sur les droits réels ou les ouvrages dont le preneur est

⁴³³ Un registre recense les hypothèques immobilières, celle-ci faisant l'objet d'un acte notarié et d'une publication auprès du service de publicité foncière.

⁴³⁴ Philippe YOLKA, « Hypothèques légales et biens publics : sortir de l'imbroglio ? », *JCP A*, 2020, n° 27, act. 388. Voir également : CE, 23 janv. 2020, *Société JV Immobilier et autres c. Commune de Bussy-Saint-Georges*, n°s 430192 et 430359 ; CE, 10 mars 2020, *Association syndicale des propriétaires de la Cité Boigues*, n° 432555. À noter, l'article 220 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets dispose expressément pour les associations syndicales de propriétaires que : « Lorsque des personnes publiques sont membres d'une association syndicale de propriétaires, l'hypothèque légale ne s'applique pas à ceux de leurs immeubles qui appartiennent au domaine public. »

⁴³⁵

⁴³⁶ CGPPP, art. L. 2341-1, 2°.

propriétaire⁴³⁷. La saisie immobilière est d'ailleurs possible pour ces contrats relevant du droit privé⁴³⁸.

Enfin, l'hypothèque est également autorisée, sous des conditions similaires, dans le cadre de l'exécution d'un marché de partenariat. Conformément à l'article L. 2232-4 du Code de la commande publique, seuls les ouvrages sur lesquels le titulaire dispose de droits réels ou dont il est propriétaire peuvent faire l'objet d'une hypothèque en vue de garantir des emprunts contractés pour financer la réalisation des obligations contractuelles. L'hypothèque doit, à l'instar des BEA et sous peine de nullité, être approuvée par l'acheteur et la personne propriétaire du domaine.

b. Le crédit-bail

Notion. Prévu à l'article 313-7 du Code monétaire et financier, le crédit-bail est une opération de location d'un bien (meuble ou immeuble) assortie d'une option d'achat à la valeur résiduelle dudit bien et d'une opération de crédit. En somme, il s'agit d'un contrat de location avec option d'achat conclu entre un établissement financier (crédit-bailleur) et une personne privée ou publique (crédit-preneur) qui, au terme du contrat, peut lever l'option d'achat afin de devenir propriétaire du bien financé, soit rendre le bien loué, ou encore renouveler le contrat pour une durée déterminée.

Le crédit-bail peut concerner tant un bien immobilier qu'un bien mobilier. Le crédit-bail immobilier permet au crédit-preneur de devenir propriétaire de tout ou partie de ces biens loués au plus tard à l'expiration du bail. Liée à la durée d'amortissement de l'actif loué, la durée du contrat de crédit-bail immobilier s'étale généralement entre dix et vingt ans⁴³⁹. Il est possible que le crédit-bailleur soit une personne publique, de même qu'un occupant (pour une occupation domaniale) ou un preneur (dans le cadre d'un BEA) soit crédit-preneur⁴⁴⁰.

⁴³⁷ CCH, art. L. 251-3 (pour le bail à construction), L. 252-2 (pour le bail à réhabilitation) et L. 254-3 (pour le bail réel immobilier).

⁴³⁸ *Idem*.

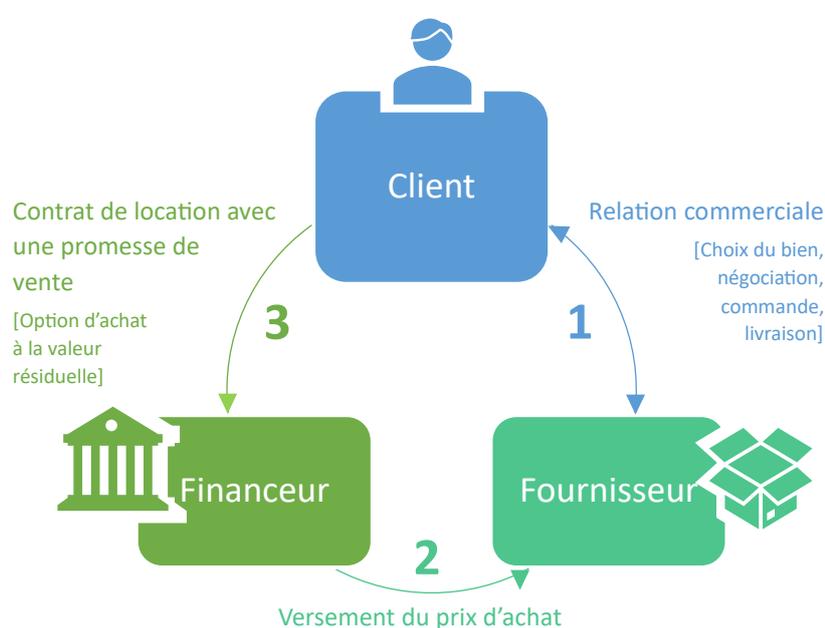
⁴³⁹ BANQUE DE FRANCE, « Le crédit-bail et les autres techniques de financement apparentées », Fiche 415, disponible en ligne : <https://www.banque-france.fr/system/files/2024-04/823415%20Fiche-415.pdf>.

⁴⁴⁰ Guillaume CASTAGNINO, Camille MOROT-MONOMY et Mélissa RIVIÈRE, « Quelle opportunité pour la personne publique de recourir au crédit-bail immobilier pour la réalisation d'équipements publics ? », *CP*, 2022, n° 228, p. 29.

Le crédit-bail mobilier, quant à lui, permet de choisir le bien auprès d'un fournisseur puis de s'adresser à une société de crédit-bail qui achète au fournisseur le bien en lieu et place du crédit-preneur. Ce bien est ensuite loué à ce dernier sur une période déterminée.

Utilité. Pour le prêteur, le crédit-bail est attractif puisqu'il lui permet de conserver la propriété du bien financé jusqu'à la levée de l'option d'achat. Cela permet aux opérateurs économiques et aux autorités contractantes rencontrant des difficultés financières d'obtenir les fonds nécessaires pour la réalisation de leurs projets⁴⁴¹.

Figure 1.03 : Schéma d'un contrat de crédit-bail



Spécificités en droit public. En principe, les personnes publiques peuvent financer leurs projets en crédit-bail uniquement dans le cadre de biens relevant du domaine privé⁴⁴². En ce sens, le Conseil constitutionnel insiste sur le caractère exceptionnel du crédit-bail pour financer un ouvrage public : « la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »⁴⁴³.

⁴⁴¹ Guillaume CASTAGNINO, Camille MOROT-MONOMY et Mélissa RIVIÈRE, *art. cit.*, p. 30.

⁴⁴² Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, par. 269, p. 149 ; Guillaume CASTAGNINO, Camille MOROT-MONOMY et Mélissa RIVIÈRE, *art. cit.*, p. 32-33 ; CE, Avis, 30 mars 1989, *TGV Sud-Est*, n° 345332.

⁴⁴³ Cons. Const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

C'est pourquoi le législateur l'a expressément et limitativement prévu dans le cadre des marchés publics de fourniture⁴⁴⁴, de marchés de partenariat⁴⁴⁵, de crédit-bail immobilier (marchés de service non soumis à des procédures de mise en concurrence et de publicité)⁴⁴⁶, des autorisations conventionnelles d'occupation domaniale⁴⁴⁷ et des BEA⁴⁴⁸. Il convient toutefois que des clauses de préservation des exigences du service public soient prévues au contrat de crédit-bail⁴⁴⁹.

Risques de requalification d'un crédit-bail immobilier. Les juridictions administratives ont pu considérer que le crédit-bail immobilier ne pouvait pas être assimilé à un marché public de travaux en raison, d'une part, de l'absence de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique par la personne publique⁴⁵⁰, et, d'autre part, de l'objet purement financier du contrat⁴⁵¹. Seulement, l'évolution du droit de la commande publique nécessite de la prudence lors de l'utilisation d'un tel montage contractuel dans le cadre d'un bien immobilier non encore bâti⁴⁵². En effet, la maîtrise d'ouvrage publique ne constitue plus un critère de définition du marché public de travaux⁴⁵³. En outre, le crédit-bail immobilier dont l'objet est le financement de la construction d'un ouvrage nécessaire au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général est susceptible de caractériser un contrat de marché de partenariat⁴⁵⁴.

3. Les voies administratives d'exécution

Inscription d'office. Les créanciers des personnes publiques ne sont pas démunis de toute voie d'action en cas de défaillance de ces dernières. Si les procédures civiles de

⁴⁴⁴ CCP, art. L. 1111-3.

⁴⁴⁵ CCP, art. L. 2232-3.

⁴⁴⁶ CCP, art. L. 2512-5.

⁴⁴⁷ CGPPP, art. L. 2122-13 ; CGCT, art. L. 1311-5.

⁴⁴⁸ CGCT, art. L. 1311-3.

⁴⁴⁹ Cons. Const., 22 août 2002, n° 2002-460 DC, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure ; Cons. Const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *précitée*.

⁴⁵⁰ CE, 12 oct. 1988, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi*, n° 82053.

⁴⁵¹ CAA Paris, 22 nov. 2011, n° 08PA04002.

⁴⁵² Si le crédit-bail immobilier concerne un bien immobilier bâti, existant, il ne saurait avoir été conçu pour répondre spécifiquement aux besoins d'un acheteur. Le caractère existant est, pour une partie de la doctrine, dépendant de l'obtention du permis de construire, à condition que les modifications ultérieures ne remettent pas en cause l'économie générale du projet immobilier. En ce sens, voir : Guillaume CASTAGNINO, Camille MOROT-MONOMY et Mélissa RIVIÈRE, *art. cit.*, p. 31 ; Étienne FATÔME et Laurent RICHER, « Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second », *AJDA*, 2015, p. 1577 ; CAA Nancy, 15 avril 2021, n° 19NC02073.

⁴⁵³ Guillaume CASTAGNINO, Camille MOROT-MONOMY et Mélissa RIVIÈRE, *art. cit.*, p. 31.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 32.

conservation ou d'exécution sont proscrites, le droit public prévoit des voies administratives d'exécution. Pour le commissaire du gouvernement Georges Teissier, ceci se découle directement de l'interdiction des procédures civiles de contraintes à l'encontre des personnes publiques :

« Il est de règle [...] que le créancier d'une personne morale administrative, même porteur d'un titre exécutoire, n'a à sa disposition aucun des moyens de droit commun pour se faire payer. Il lui est interdit de poursuivre l'expropriation forcée des immeubles de cette personne morale et plus généralement de procéder contre elle à aucune saisie, soit mobilière, soit immobilière ; il ne peut être payé, d'après les règles de notre comptabilité publique, que s'il obtient une liquidation de sa créance et un ordonnancement sur des crédits budgétaires. Or, il est de toute évidence qu'on ne peut pas tout à la fois soustraire les établissements publics aux moyens d'exécution consacrés par la législation civile, en leur octroyant le privilège de l'insaisissabilité et ne pas reconnaître au profit des créanciers un moyen de se faire payer par une voie administrative ; c'est ainsi que le droit d'inscription d'office des dettes exigibles au budget des établissements publics apparaît comme le corollaire nécessaire de l'insaisissabilité de leurs immeubles, de leurs meubles et de leurs deniers, et comme une conséquence-fatale des règles de la comptabilité publique. »⁴⁵⁵ [Nous soulignons]

Ces voies administratives d'exécution permettent, non pas de saisir un bien immobilier ou mobilier (corporel ou incorporel), mais de forcer l'inscription de la dette exigible au budget de la personne publique défaillante⁴⁵⁶. Est exigible la dette constatée à laquelle la personne

⁴⁵⁵ Georges TEISSIER, concl. sur CE, 17 juin 1904, *Commission administrative de l'Hospice du Saint-Esprit*, L. 1904, p. 474 (les conclusions sont disponibles aux pages 469 à 475 et la décision à partir de la page 475).

⁴⁵⁶ Précisément, Caroline Chamard-Heim (*op. cit.*, par. 876, p. 481) explique :

« Contrairement aux premières [les procédures civiles d'exécution] qui sont organisées autour des saisies mises en œuvre directement par le créancier disposant d'un titre exécutoire, via un huissier de justice, les « voies d'exécution administratives » intègrent les exigences auxquelles sont soumises les personnes publiques et leurs biens. Elles sont principalement tournées vers la substitution du débiteur récalcitrant. Il ne s'agit pas, pour le créancier, de compenser une inexécution par la saisie de biens appartenant au débiteur, mais de requérir l'intervention d'une tierce personne dont la volonté s'imposera à la personne publique défaillante en vue de l'exécution. Ces mécanismes agissent sur la clé de voûte du système d'exécution des dépenses publiques : l'ordonnateur. En effet, le comptable public ne peut pas payer sans en avoir reçu l'ordre émanant de l'ordonnateur. En

publique débitrice a été condamnée à régler par décision de justice passée en force de chose jugée⁴⁵⁷.

Collectivités territoriales. Pour les collectivités territoriales et leurs établissements, la loi dispose de procédures d'inscription et de mandatement d'office par le préfet ou la Chambre régionale des comptes sur demande du créancier⁴⁵⁸. La dette doit être exigible ou correspondre à une dépense obligatoire. À ce titre, est obligatoire la dépense qui correspond à « *une dette échue, certaine, liquide, non sérieusement contestée dans son principe et dans son montant et découlant de la loi, d'un contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de toute autre source d'obligations* »⁴⁵⁹. Le Code général des collectivités territoriales dresse, pour les communes⁴⁶⁰, les départements⁴⁶¹, et les régions⁴⁶² ainsi que leurs établissements⁴⁶³, une liste non exhaustive de dépenses obligatoires. Au besoin, le préfet peut supprimer des dépenses non obligatoires du budget ainsi que mettre en vente des biens mobiliers ou immobiliers relevant du domaine privé de la personne publique ou des dépendances du domaine public, après l'avis simple de l'organe délibérant de la collectivité territoriale puis le déclassement (par le préfet) et la désaffectation du bien public⁴⁶⁴.

Synthèse. En définitive, le régime de protection des biens publics (relevant tant du domaine public que du domaine privé) peut *a priori* laisser penser, au regard surtout du principe d'insaisissabilité des biens publics, que le droit des contrats publics est mal armé pour optimiser le financement et la valorisation du patrimoine des personnes publiques. Seulement, le droit des contrats publics reconnaît, aujourd'hui, plusieurs dispositifs permettant de composer avec cette insaisissabilité.

En effet, les occupations domaniales peuvent prévoir la constitution de droits réels sur une partie importante du patrimoine de la personne publique. Les autorisations conventionnelles d'occupation domaniale avec constitution de droits réels, les BEA, les BEA de valorisation et les BEA pour les logements sociaux, sans compter les baux de droit privé que

faisant pression sur lui, voire en lui substituant une autre autorité, le créancier d'une personne publique peut réussir à obtenir le règlement de sa créance. »

⁴⁵⁷ Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, art. 1 et 1-1.

⁴⁵⁸ CGCT, art. L. 1612-15 à L.1612-17.

⁴⁵⁹ CE, 17 décembre 2003, *Société Natexis – Banques Populaires*, n° 249089.

⁴⁶⁰ CGCT, art. L. 2321-2 et R. 2321.

⁴⁶¹ CGCT, art. L. 3321-1.

⁴⁶² CGCT, art. L. 4321-1.

⁴⁶³ Par exemple : CGCT, L. 5211-26, L. 5211-27-1, L. 5211-28-2, L. 5211-32.

⁴⁶⁴ Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, par. 878, p. 482. Voir également : CE, Sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, n° 271898.

sont les baux à construction⁴⁶⁵ ou à réhabilitation et les baux réels immobiliers, en sont l'illustration parfaite. De même, le droit public admet la possibilité de concevoir des sûretés sur des biens publics, à l'image de l'achat en crédit-bail ou du consentement d'une hypothèque administrative pour le financement d'un projet public. Quant à l'outil fiduciaire, bien qu'il soit encore peu courant en droit privé en raison de sa récente institution dans le Code civil (par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007), il pourrait trouver réception en droit public afin de renforcer le financement des projets publics et la valorisation du patrimoine des personnes publiques en octroyant des droits réels sur un bien public à un fiduciaire.

Enfin, l'interdiction des procédures civiles de contrainte à l'encontre des personnes publiques en cas de défaillance de leur part n'est pas un obstacle incontournable. Il est effectivement possible de recourir à des voies administratives d'exécution à condition de s'assurer de l'exigibilité de la dette.

Il demeure que la recherche de valorisation du patrimoine public est conciliable avec le régime de protection des biens publics. Cette protection est favorable à cette valorisation au point qu'elle prohibe les opérations patrimoniales défavorables aux personnes publiques, à la manière de l'interdiction, en droit administratif général, pour les personnes publiques de consentir des libéralités à des personnes privées.

§II. L'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités à des personnes privées et le statut des biens dans les contrats publics

Libéralité et contrats publics. Malgré une liberté contractuelle constitutionnellement reconnue⁴⁶⁶, les personnes publiques n'en sont pas moins limitées pour des impératifs d'intérêt général ou pour préserver l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique. L'interdiction des libéralités apparaît également comme une limite au nom de la protection des deniers publics, en particulier pour les contrats de la commande publique et les

⁴⁶⁵ Le « *bail à construction administratif* » relève plus du régime de l'autorisation conventionnelle d'occupation domaniale avec constitution de droits réels que du bail à construction traditionnel (cf. *supra*).

⁴⁶⁶ Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie.

transactions⁴⁶⁷. Au-delà des contrats administratifs, ce sont l'ensemble des contrats publics qui, en raison de la protection des deniers publics et des opérations patrimoniales non défavorables aux personnes publiques, peuvent être concernés par l'application du principe d'interdiction de consentir pour les personnes publiques des libéralités. En effet, cette interdiction s'oppose à ce que les personnes publiques contractent des obligations à leur charge sans contrepartie⁴⁶⁸.

Illustrations. Deux situations peuvent, à titre d'exemple, se confronter à l'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités à des personnes privées⁴⁶⁹ : les contrats d'occupation qui admettent des tempéraments fondés sur des motifs d'intérêt général (A.) et les indemnisations de fin de contrat dans la commande publique qui limitent la liberté contractuelle des parties, notamment dans le cadre de l'indemnisation de certains biens de retour des concessions, des exceptions à l'intangibilité des prix et des contrats administratifs conclus par des personnes privées (B.)⁴⁷⁰. Dès lors, l'interdiction des libéralités participe à renforcer la prohibition des actions patrimoniales défavorables aux personnes publiques.

A. L'application de l'interdiction aux contrats d'occupation

Principe. L'article L. 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques soumet les conventions d'occupation privative du domaine public à redevance. Ces redevances sont des recettes non fiscales des budgets publics, non des loyers⁴⁷¹ ou des taxes fiscales⁴⁷², dont le calcul du montant respecte le principe d'égalité que seules des considérations d'intérêt général ou des différences de situation peuvent motiver des montants différenciés⁴⁷³. Il s'agit, ici, de préserver la personne publique de toute opération patrimoniale qui lui serait défavorable.

⁴⁶⁷ Julie SALENNE-BELLET, « Les libéralités dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2023, p. 461 ; Jean-Baptiste VILLA, « Les contrats de concession et l'interdiction de consentir des libéralités », *JCP A*, 2022, n° 11, comm. 2085.

⁴⁶⁸ Gilles PELLISSIER, concl. sur CE, 9 déc. 2016, *Société Foncière Europe*, n° 391840.

⁴⁶⁹ CE, Sect., 19 mars 1971, *Sieur Mergui*, n° 79962. Il s'agit d'une règle d'ordre public : CE, 20 juill. 2021, *Société Tecnimont SpA et TCM FR SA*, n° 443342.

⁴⁷⁰ L'interdiction des libéralités est étudiée sous l'angle des biens publics. Les développements n'ont donc pas vocation à appréhender de manière générale ledit principe, non plus son application aux protocoles transactionnels.

⁴⁷¹ CE, 22 déc. 1989, *Chambre du commerce et de l'industrie du Var*, n° 46052.

⁴⁷² Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, par. 593, p. 337. À l'exception des droits de place perçus dans les halles, foires et marchés (CE, 24 juin 2013, *SARL Eldorado*, n° 348207).

⁴⁷³ CE, 15 févr. 1991, *Société d'économie mixte de gestion du marché d'intérêt national de Rungis et Préfet du Val-de-Marne*, n° 70556. Voir également : Philippe YOLKA, *op. cit.*, p. 118-119.

À ce titre, le principe d'interdiction des libéralités limite la libre gestion domaniale des personnes publiques. En effet, le Conseil d'État précise qu'« *une personne publique ne peut légalement louer un bien à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé pour un loyer inférieur à la valeur locative de ce bien, sauf si cette location est justifiée par des motifs d'intérêt général et comporte des contreparties suffisantes* »⁴⁷⁴. S'agissant des mises à disposition de locaux communaux à des associations culturelles, sur le fondement de l'article L. 2144-3 du Code général des collectivités territoriales, les conditions financières de l'autorisation d'occupation doivent exclure toute libéralité, sous peine d'illégalité pour aide à un culte contraire à la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État⁴⁷⁵. Pour autant, une libéralité ne résulte pas de la simple gratuité de la mise à disposition, mais tient en considération « *la durée et [l]es conditions d'utilisation du local communal, de l'ampleur de l'avantage éventuellement consenti et, le cas échéant, des motifs d'intérêt général justifiant la décision de la commune* »⁴⁷⁶.

Dans le cas d'une convention d'occupation d'un bien relevant du domaine privé d'une personne publique, l'article L. 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques est inapplicable. Pour autant, le principe d'interdiction des libéralités y produit les mêmes effets que pour l'occupation du domaine public, conformément à la décision du Conseil d'État, *Centre communal d'action sociale de Pauillac*⁴⁷⁷.

Exceptions. La gratuité est possible dans des cas limitativement énumérés par le législateur. Aux termes des articles L. 2125-1 et L. 2125-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, une personne publique peut autoriser l'occupation privative de son domaine sans contrepartie financière pour :

- L'occupation ou l'utilisation nécessaire à l'exécution de travaux ou à la présence d'un ouvrage, intéressant un service public et qui bénéficie gratuitement à tous ;
- L'occupation ou l'utilisation assurant directement la conservation du domaine public ;
- L'occupation ou l'utilisation assurant directement l'exercice des missions des services de l'État chargés de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics ou du contrôle aux frontières dans les aéroports, les ports et les gares ;

⁴⁷⁴ CE, 28 sept. 2021, *Centre communal d'action sociale de Pauillac*, n° 431625.

⁴⁷⁵ CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commune de Montpellier*, n° 313518 ; CE, 7 mars 2019, *Commune de Valbonne*, n° 417629.

⁴⁷⁶ CE, 18 mars 2024, *Commune de Nice*, n° 471061.

⁴⁷⁷ CE, 28 sept. 2021, n° 431625, précitée.

- L'occupation ou l'utilisation liée à l'exécution de travaux relatifs à une infrastructure de transport public ferroviaire ou guidé ;
- L'occupation ou l'utilisation soumise au paiement de redevances sous la forme de baux ou de licences consentis à titre onéreux autorisant l'exercice de pêche professionnelle ainsi que la navigation, l'amarrage et le stationnement des embarcations utilisées pour cette activité ;
- L'occupation ou l'utilisation du domaine public par des associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général ;
- L'occupation ou l'utilisation du domaine public sollicitée au bénéfice de personnes morales de droit public ou de personnes privées qui participent au développement de la nature en ville et répondent à un objectif d'intérêt public en installant et entretenant des dispositifs de végétalisation⁴⁷⁸.

L'interdiction des libéralités participe à renforcer la protection des biens publics en préservant les personnes publiques d'une gestion domaniale qui leur serait défavorable. Si elle s'applique au montant de la redevance d'une occupation domaniale, elle s'observe également en fin de bail (notamment pour les BEA et malgré les stipulations du contrat) pour les biens construits par le preneur retournant à la personne publique bailleuse et pour la perte du gain auquel pouvait prétendre le preneur de la cession de ses droits réels⁴⁷⁹. Ceci ne se limite pas aux calculs du montant des occupations domaniales et des indemnités en fin de bail, mais s'étend aux indemnités en fin de contrat dans la commande publique.

⁴⁷⁸ Pour ce dernier cas, et conformément aux dispositions de l'article L. 2125-1-1 du CGCT, une délibération de l'organe délibérant de la collectivité territoriale est nécessaire.

⁴⁷⁹ CE, 16 déc. 2022, *SNC Grasse-Vacances*, n° 455186 :

« 2. Les parties à un contrat conclu par une personne publique peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation amiable du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat.

3. Par l'arrêt attaqué, la cour a jugé qu'en raison de l'obligation faite aux preneurs d'aménager et d'exploiter un village de vacances sur le site, le manque à gagner résultant de la résiliation anticipée du contrat du 9 février 1966 ne pouvait correspondre qu'à la perte du bénéfice qui pouvait être escompté de l'exploitation du site pour la durée du contrat restant à courir. En refusant de tenir compte, pour déterminer si le montant de l'indemnité accordée par la commune au titre de la résiliation du contrat était excessif au regard du préjudice en résultant pour le cocontractant au titre du gain dont il a été privé, du prix qu'il pouvait tirer de la cession des droits qu'il tenait du bail, afin de retenir le plus élevé des deux montants correspondant soit au bénéfice escompté de l'exploitation du site pour la durée du contrat restant à courir soit à la valeur des droits issus du bail, la cour a commis une erreur de droit. »

B. L'application de l'interdiction aux indemnisations de fin de contrat dans la commande publique

Délimitation. Au regard du champ de l'étude, seules les indemnisations à la fin d'un contrat de la commande publique relatives à des biens publics sont, ici, analysées. En somme, les indemnisations liées à des réclamations autres, notamment (sans que cette liste ne soit exhaustive) à la suite de la survenance d'un risque ou d'un aléa (éventuellement sur le fondement de la théorie de l'imprévision) ou en cas de préjudices résultant de la défaillance d'un autre intervenant lors de coactivité, ou encore à la suite d'une résiliation (sans lien avec le bien public), ne sont pas concernées par notre propos⁴⁸⁰.

Cette restriction se justifie au regard de la notion de bien public. Si une indemnisation peut être perçue au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme comme un bien⁴⁸¹, il s'agit non pas d'un bien public, en l'espèce, mais d'un bien privé puisque le bénéficiaire de l'indemnisation est l'opérateur économique. Précisément, l'interdiction des libéralités dans le cadre du statut des biens publics dans les contrats de la commande publique peut concerner certains marchés publics (notamment de fourniture et de travaux) et, à titre plus exceptionnel, les contrats de concession.

Marchés publics et intangibilité du prix. En raison du principe d'intangibilité du prix, les sommes prévues dans le contrat initial sont définitives et ne peuvent être modifiées unilatéralement⁴⁸². Puisque le prix résulte du choix économiquement la plus avantageuse de la part d'un acheteur à la suite de procédures de mise en concurrence prévues par le Code de la

⁴⁸⁰ Pour une étude des libéralités dans les contrats administratifs, en particulier les contrats de la commande publique, voir : Julie SALENNE-BELLET, *art. cit.*

⁴⁸¹ En ce sens, voir : Laurent SERMET, *La convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Éditions du Conseil de l'Europe, 1998 (édition révisée), p. 11-18, spéc. p. 17 :

« Dans l'affaire *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique* [Cour EDH, 20 nov. 1995, n° 332], une loi de 1988 exonérait, avec effet rétroactif à trente ans et sans contrepartie, de leur responsabilité les personnes, tant privées que publiques, chargées du service public de pilotage des bâtiments de mer. Les requérants s'étaient vus opposer cette loi et n'avaient pas été indemnisés. Alors qu'aucune créance d'indemnisation n'était née, cela n'a pas empêché la Cour, contrairement à la Commission, de voir un bien en cause. Celui-ci repose sur la valeur patrimoniale de la créance, ce qui est spécieux, car aucune créance n'est constituée, ainsi que sur « l'espérance légitime » de voir concrétiser leurs créances quant aux accidents en cause conformément au droit commun de la responsabilité » (paragraphe 31). La qualification de la Cour n'est pas sans intérêt ; elle permet d'inclure dans le champ de l'article 1 du Protocole additionnel la protection de biens non encore existants. Ainsi la Cour n'hésite pas à protéger la propriété virtuelle. Mais cette démarche peut-elle aller jusqu'à garantir un bien qui n'a aucun fondement en droit interne ? Pour les besoins de la cause, la Cour peut définir elle-même un titre de propriété, fondant sa décision sur le caractère autonome de la notion de bien. »

⁴⁸² CE, 26 nov. 1975, *Société Entreprise Py*, n° 93297.

commande publique, la protection des deniers publics est, en principe, garantie. En ce sens, s'agissant des marchés publics de travaux, « *une somme inscrite par erreur dans un décompte général devenu définitif ou une somme non contestée dans les délais dans le cadre de la procédure du décompte général et définitif tacite ne peut plus être remise en cause* »⁴⁸³. C'est pourquoi l'interdiction des libéralités ne saurait *a priori* trouver d'application dans le cadre du règlement financier d'un marché public, à condition que les sommes aient été acceptées conformément aux stipulations du contrat⁴⁸⁴.

Exceptionnellement, la jurisprudence *Mergui* pourrait être soulevée en matière de contentieux relatif au règlement des marchés publics. En suivant l'étude sur l'interdiction des libéralités dans les contrats administratifs de la magistrate Julie Salenne-Bellet⁴⁸⁵, trois situations potentielles apparaissent s'agissant de contrat dont les biens publics sont l'objet ou le support :

- En cas d'erreur purement matérielle « *d'une nature telle qu'il est impossible à la partie de s'en prévaloir de bonne foi* »⁴⁸⁶ sur le montant d'un bordereau des prix devenu définitif : l'application de l'interdiction des libéralités pourrait se justifier en présence d'un prix « *tellement disproportionné que le cocontractant ne pourrait pas s'en prévaloir de bonne foi, alors même que ce prix résulterait d'une mise en concurrence préalable* »⁴⁸⁷. En revanche, la reconnaissance d'une erreur purement matérielle par les juridictions administratives est rare ;
- En cas d'erreur, d'omission, de présentation inexacte ou de fraude dans le décompte général et définitif des marchés publics de travaux : toutefois, cette hypothèse se rencontre peu⁴⁸⁸ ;
- En cas de marché public conclu à la suite d'une procédure sans publicité et mise en concurrence : lorsque le prix accepté est « *tellement disproportionné qu'il est constitutif d'une libéralité* »⁴⁸⁹.

⁴⁸³ Julie SALENNE-BELLET, *art. cit.*

⁴⁸⁴ *Idem.* Voir également : CE, 14 déc. 1998, *SARL Levaux*, n° 171861.

⁴⁸⁵ Julie SALENNE-BELLET, *art. cit.*

⁴⁸⁶ CE, 3 juill. 1963, *Société Entreprise générale Edmond Patry*, Rec. 417 ; CE, 21 sept. 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149.

⁴⁸⁷ Julie SALENNE-BELLET, *art. cit.*

⁴⁸⁸ *Idem.*

⁴⁸⁹ *Idem.* Les recherches jurisprudentielles ne témoignent pas, pour l'heure, de décisions statuant sur cette question.

Libéralités et théorie des biens de retour. De manière plus exceptionnelle, la question de l'interdiction des libéralités peut se poser en matière de concession au regard de la théorie des biens de retour⁴⁹⁰.

Tel est le cas lors du retour des biens nécessaires au service et apportés par le concessionnaire en fin de contrat. L'interdiction des libéralités produit ses effets sur l'indemnisation versée par la personne publique concédante au concessionnaire privé qui apporte les biens nécessaires au service, dont il est propriétaire avant la signature du contrat. Cette indemnité est versée en début de contrat. Son montant s'appréhende la lumière de l'équilibre économique du contrat et du principe d'interdiction des libéralités. En effet, il résulte de la décision *Vallée de l'Ubaye* :

« 6. Considérant que, [...] **les parties peuvent prendre en compte cet apport** [des biens à la concession] **dans la définition de l'équilibre économique du contrat, à condition que**, eu égard notamment au coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, à la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et au montant des amortissements déjà réalisés, **il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique** ;

7. Considérant que, **dans l'hypothèse où la commune intention des parties a été de prendre en compte l'apport** à la concession des biens qui appartenaient au concessionnaire avant la signature du contrat **par une indemnité**, le versement d'une telle indemnité n'est possible que si l'équilibre économique du contrat ne peut être regardé comme permettant une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation ; qu'en outre, **le montant de l'indemnité doit**, en tout état de cause, **être fixé dans le respect des conditions énoncées ci-dessus afin qu'il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique**. » [Nous soulignons] ⁴⁹¹

⁴⁹⁰ Sur l'indemnisation des biens de retour, voir *supra* : Partie 1, Section 1, II., A.

⁴⁹¹ CE, 29 juin 2018, *Vallée de l'Ubaye*, précitée.

L'objectif poursuivi est d'éviter que les biens privés apportés à la concession ne soient survalorisés⁴⁹². Cette surévaluation constituerait alors une libéralité consentie par la personne publique si, tenant compte de la durée de vie restante des biens, des amortissements déjà réalisés et des résultats de l'exploitation, il ressort une disproportion de l'équilibre économique du contrat. Dans cette situation, l'indemnité s'expose à la censure du juge administratif en application de la jurisprudence *Mergui*.

À l'inverse, le principe d'interdiction des libéralités ne peut aucunement être soulevé dans le cadre du calcul du montant de l'indemnisation des biens de retour dans le cadre des contrats de concession en cas de résiliation anticipée du contrat⁴⁹³ – le retour gratuit des biens nécessaires au service lors de la fin normale du contrat de concession n'ayant que peu de probabilité de caractériser une libéralité de la part de la personne publique concédante. Depuis sa décision *Commune de Douai*⁴⁹⁴, le Conseil d'État a statué au rejet implicite de la jurisprudence *Mergui* sur laquelle reposaient les motivations des juridictions d'appel dans leur contrôle du montant des indemnités versées au concessionnaire par l'autorité concédante en cas de retour anticipé des biens nécessaires au service. L'indemnisation répond à une limite autonome et objective : la valeur nette comptable du bien. Les conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier sont claires :

*« La limite à la liberté contractuelle des parties de fixer les modalités de l'indemnisation du préjudice subi par le concessionnaire du fait de la résiliation anticipée de la convention qui résulte de cette décision s'agissant du préjudice tenant à l'impossibilité d'amortir les biens de retour n'est pas la même que celle posée par votre décision CCI de Nîmes. En effet, cette dernière repose sur le principe d'une **libre détermination contractuelle des modalités d'indemnisation du préjudice qui ne trouve sa limite qu'au cas où elle aboutirait à mettre à la charge d'une personne publique une somme si manifestement excessive au regard de son objet qu'elle serait assimilable à une libéralité**, à laquelle une personne publique ne peut aucunement consentir. **La décision Commune de Douai interdit au contraire que***

⁴⁹² En cela, l'interdiction des libéralités renforce la protection des personnes publiques à l'encontre des actions patrimoniales qui leur seraient défavorables.

⁴⁹³ CE, 25 oct. 2017, *Commune du Croisic*, n° 402921 ; CE, 4 mai 2011, *Chambre du commerce et de l'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n° 334280.

⁴⁹⁴ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.

le retour anticipé des biens non amortis soit indemnisé par la personne publique au-delà de leur valeur nette comptable. Vous n'avez donc pas sur ce point retenu la proposition de votre rapporteur public, B. Dacosta, qui vous invitait à vous placer, pour déterminer les pouvoirs des parties de fixer contractuellement les modalités d'indemnisation des biens de retour, dans le cadre général de votre jurisprudence CCI de Nîmes, afin de leur ouvrir « la possibilité d'une approche globale, permettant de moduler tel ou tel chef de préjudice pour tenir compte des éventuelles contreparties et de l'équilibre de l'ensemble ». **Vous avez préféré poser une règle propre à l'indemnisation des biens de retour. N'étant pas fondée sur l'interdiction des libéralités, mais sur l'obligation d'indemniser en fonction d'une valeur objectivement déterminée, cette règle ne ménage pas la marge de liberté contractuelle dans la détermination de l'indemnité que représente la différence entre cette valeur de principe et le seuil auquel une indemnisation plus importante devient si excessive qu'elle représente une libéralité consentie par la personne publique à son cocontractant. Si la limite tenant à la valeur obligatoire de l'indemnisation des biens de retour ne joue qu'en faveur de la personne publique, comme celle tenant à l'interdiction des libéralités issue de la jurisprudence CCI de Nîmes, elle nous semble bien constituer une limite plus contraignante.** » [Nous soulignons]⁴⁹⁵

Dès lors, l'interdiction des libéralités ne trouve pas à s'appliquer en matière d'indemnisation des biens de retour en cas de résiliation anticipée du contrat, même dans le cas d'un contrat de concession entre personnes publiques⁴⁹⁶. Le Conseil d'État l'a d'ailleurs rappelé

⁴⁹⁵ Gilles PELLISSIER, concl. sur CE, 25 oct. 2017, *Commune du Croisic*, n° 402921.

⁴⁹⁶ Tant les conclusions de Gilles Pellissier (précitées) que la décision du Conseil d'État du 25 octobre 2017, *Commune du Croisic*, en témoignent (pour une vision contraire, voir : Jean-Baptiste VILLA, « Les incohérences juridiques et économiques du régime prétorien de la résiliation anticipée des contrats de concession », *JCP A*, 2020, n° 20, comm. 2146). La position de la juridiction administrative demeure. En effet, après avoir rappelé le principe d'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, le Conseil d'État a réaffirmé son considérant de principe sur le régime d'indemnisation dont le montant ne peut dépasser la valeur nette comptable, indépendant de l'interdiction des libéralités :

« 2. Considérant que, pour déterminer les droits à indemnisation de la commune, la cour administrative d'appel de Nantes a fait application des stipulations de l'article 45 du cahier des charges de la concession [...] ; qu'elle a cependant relevé que, si les règles générales applicables aux contrats administratifs permettent aux parties de déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités exclut qu'il en résulte, au

en 2021 dans une décision classée C⁴⁹⁷, témoignant de l'arrêt de sa position de privilégier une approche objective et consensuelle de l'indemnisation de ces biens⁴⁹⁸. Il demeure que la jurisprudence *Mergui* peut être soulevée dans le cadre des concessions s'agissant de son premier corollaire : l'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas, notamment lorsque le concessionnaire n'apporte pas la preuve du bien-fondé de ses réclamations, éventuellement pour le financement de biens nécessaires à l'exécution du service⁴⁹⁹.

Influence de la propriété publique sur les contrats administratifs des personnes privées. Enfin, le principe d'interdiction des libéralités ne se limite pas aux contrats administratifs des personnes publiques. La jurisprudence *Mergui* a effectivement été étendue aux personnes privées en ce sens que constitue une erreur de droit la condamnation d'une personne privée à indemniser un préjudice dont elle n'est pas responsable⁵⁰⁰. Toutefois, comme le rappelle Julie Salenne-Bellet, le deuxième corollaire de la jurisprudence *Mergui* ne trouve pas application auprès des personnes privées :

« La seconde branche, selon laquelle les personnes publiques ne peuvent consentir des libéralités, n'a pas vocation à jouer pour des personnes privées, dès lors qu'elles ont la libre et entière disposition de leurs droits. Cette interprétation a été confirmée par la décision CCI de

détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le préjudice subi [...] :

3. Considérant, toutefois, que si les parties à un contrat administratif peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le préjudice subi, la fixation des modalités d'indemnisation de la part non amortie des biens de retour dans un contrat de concession obéit, compte tenu de la nature d'un tel préjudice, à des règles spécifiques ; que lorsqu'une personne publique résilie une concession avant son terme normal, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis ; que lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan ; que, dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat ; que si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, sous réserve que l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne puisse, en toute hypothèse, excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus, il est exclu qu'une telle dérogation, permettant de ne pas indemniser ou de n'indemniser que partiellement les biens de retour non amortis, puisse être prévue par le contrat lorsque le concessionnaire est une personne publique. »

⁴⁹⁷ CE, 10 nov. 2021, *Société Indigo Infra CGST*, n° 449985.

⁴⁹⁸ Gilles PELLISSIER, concl. sur CE, 25 oct. 2017, *Commune du Croisic*, n° 402921.

⁴⁹⁹ CAA Marseille, 25 oct. 2021, *SMAVD c. Commune de Cadenet*, n° 19MA03215.

⁵⁰⁰ CE, sect., 17 mars 1978, *Société anonyme « Entreprise Renaudin »*, n°s 95331, 00014 et 01525.

Nîmes, selon laquelle « ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, rien ne s'oppose en revanche à ce que ces stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration ». »⁵⁰¹

Pour autant, la présence d'un contrat administratif relativise cette limitation d'application. En effet, à l'exception des contrats (administratifs) des personnes privées qui constituent l'accessoire d'un contrat administratif⁵⁰², les personnes privées sont soumises à l'interdiction des libéralités pour leurs contrats administratifs suivants :

- Les contrats portant sur l'occupation du domaine public qu'elles concluent en qualité de concessionnaire⁵⁰³ : car, l'indemnité versée par le concessionnaire sera, *in fine*, remboursée par la personne publique dès lors que l'occupation porte sur un de ses biens relevant du domaine public⁵⁰⁴ ;
- Les mandats explicites ou implicites par lesquels la personne privée agit au nom et pour le compte de la personne publique : car, tous les actes passés par la personne privée en sa qualité de mandataire sont réputés être ceux de la personne publique qu'elle représente⁵⁰⁵ ;
- Les contrats conclus pour l'exécution d'une mission de service public par une personne morale de droit privée « transparente »⁵⁰⁶ : car, le véritable signataire du contrat est, pour le juge administratif, la personne publique⁵⁰⁷.

Par conséquent, si les contrats administratifs conclus par des personnes privées, en leur qualité de concessionnaire ou de mandataire de la personne publique, ont pour objet l'occupation d'un bien relevant du domaine public ou mobilisent des biens publics, le principe d'interdiction des libéralités s'impose. Il en va de même pour les personnes morales de droit privé dites transparentes où se révèle *in fine* l'action d'une personne publique, d'autant plus, si les contrats s'inscrivent dans un montage contractuel de la commande publique ou s'ils sont requalifiés de contrats de la commande publique.

⁵⁰¹ Julie SALENNE-BELLET, *art. cit.* Voir également : CE, 4 mai 2011, *Chambre du commerce et de l'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n° 334280.

⁵⁰² TC, 22 juin 1998, *Agent judiciaire du Trésor c. Migliarina*, n° 3003 ; Julie SALENNE-BELLET, *art. cit.*

⁵⁰³ CGPPP, art. L. 2331-1.

⁵⁰⁴ CAA Douai, 23 mars 2022, *SA Imprador*, n° 20DA01102 ; Julie SALENNE-BELLET, *art. cit.*

⁵⁰⁵ Julie SALENNE-BELLET, *art. cit.*

⁵⁰⁶ CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796.

⁵⁰⁷ Julie SALENNE-BELLET, *art. cit.*

Synthèse de la section. Certes, le statut des biens publics influence les contrats publics, notamment dans le choix du montage contractuel (bail à construction, BEA, contrat de concession, etc.), sa passation (mise en concurrence si le bien appartient au domaine public, ou, s'il s'agit d'un bien du domaine privé, en cas de rareté dudit bien) et son régime (contrat administratif ou contrat de droit privé). Seulement, les contrats publics eux-mêmes affectent les biens publics en composant avec leur régime de protection.

Classiquement, les principes d'insaisissabilité des biens publics et d'indisponibilité du domaine public s'opposent à la constitution de sûretés réelles ou de droits réels sur les biens publics ou le domaine public⁵⁰⁸. Le recours à des marchés de partenariat, à des contrats de concession (si les stipulations le prévoient), à des occupations domaniales constitutives de droits réels (autorisation conventionnelle, BEA ordinaire, BEA spécifiques, bail à construction, bail à réhabilitation ou encore bail réel immobilier) permet de valoriser le patrimoine des personnes publiques en s'adaptant aux exigences du régime de protection des biens publics. Ces contrats relativisent le régime de protection lié au statut des biens publics en prévoyant des garde-fous spécifiques comme l'agrément préalable obligatoire de la personne publique en cas de cession, ou l'hypothèque des droits réels ou des biens uniquement pour garantir les emprunts contractés pour financer l'édification ou l'amélioration des biens. En outre, le financement en crédit-bail compose avec ces restrictions en nécessitant la présence de stipulations préservant les impératifs du service public. Plus encore, les dispositifs fiduciaires peuvent être des outils judicieux de gestion patrimoniale pour les personnes publiques dans le cadre de contrats de concession ou de baux lorsqu'elles ne souhaitent ni la destruction des ouvrages ou installations, ni le retour des biens pourtant nécessaire au service public. En plaçant lesdits biens publics dans un patrimoine d'affectation fiduciaire dans le cadre d'une fiducie-sûreté, une voie de sortie des biens publics, propriété d'un tiers à la suite du déclenchement de la sûreté par le prêteur ou le financeur, s'envisage, sous réserve que la fiducie soit conclue indépendamment du contrat principal.

⁵⁰⁸ À noter : l'interdiction des procédures civiles de contrainte à l'encontre des personnes publiques en cas de défaillance de leur part n'est pas un obstacle incontournable du régime de protection des biens publics (en raison de l'insaisissabilité). Il est effectivement possible de recourir à des voies administratives d'exécution à condition de s'assurer de l'exigibilité de la dette. Dans le cadre d'un bien du domaine privé, il est également possible de conclure un bail à construction ou à réhabilitation, ou encore un bail réel immobilier, pour autoriser une procédure d'exécution forcée en la forme de la saisie immobilière. Le bien public sort alors de la propriété publique.

Par ailleurs, le principe d'interdiction des libéralités participe à renforcer la prohibition des actions patrimoniales défavorables aux personnes publiques. Appliqué aux contrats de la commande publique et aux conventions d'occupation domaniale, il renforce la valorisation des biens publics. Des adaptations sont toutefois envisagées en conciliation avec le régime de protection des biens publics, notamment pour admettre des situations où un bien public puisse être mis à disposition gratuitement ou en-deçà de sa valeur locative réelle en raison de la loi ou de motifs d'intérêt général. Il en va de même dans les marchés publics où le principe d'interdiction des libéralités, s'agissant par exemple du prix d'achat d'une fourniture ou du montant de travaux, n'emporte qu'exceptionnellement des effets sur le contrat lui-même. Dans les faits, et en ces hypothèses, le consensualisme court-circuite plus souvent la jurisprudence *Mergui* qu'il ne s'y soumet. À l'inverse, dans le cas des concessions pour l'indemnisation des biens de retour, ainsi que de certains contrats administratifs conclus par des personnes privées, le principe d'interdiction des libéralités limite la liberté contractuelle.

PARTIE 2

SYNTHÈSE DES
ENTRETIENS ET
DES SONDAGES

Recension et analyse des retours d'expériences
des praticiens sur le statut des biens
dans les contrats publics



PARTIE 2 : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES

INTRODUCTION

Enquêtes de terrain. Pour évaluer l'étendue de l'appréhension du statut des biens dans la pratique des contrats publics, la Chaire de droit des contrats publics a procédé à des enquêtes de terrain, selon une méthodologie de sociologie juridique éprouvée⁵⁰⁹.

Ainsi, la synthèse recense les données récoltées lors d'une enquête qualitative composée d'un panel de 27 interviewés (§I.) et d'une enquête quantitative regroupant 83 participations (§II.) autour des principales problématiques qu'ils rencontrent s'agissant du statut des biens dans leurs contrats publics (§III.)⁵¹⁰.

§I. La présentation de l'enquête qualitative

Enquête qualitative. Cette synthèse recense l'ensemble des données relatives au retour d'expériences sur le statut des biens dans les contrats publics (marchés, concessions et conventions d'occupation temporaire) récoltées auprès de 10 avocats, de 2 études notariales et de 6 experts spécialisés dans le domaine, ainsi que des services juridiques de 5 autorités contractantes et de 4 opérateurs économiques, tous interviewés entre décembre 2024 et janvier 2025.

⁵⁰⁹ Fanette AKOKA, Valentin LAMY, François LICHÈRE et Adeline MEYNIER POZZI, « Crise sanitaire et contrats publics : une approche de sociologie juridique », *AJDA*, 2021, p. 1425.

⁵¹⁰ La présente introduction de la synthèse des entretiens et des sondages sera, contrairement à l'accoutumée, plus longue que dans les précédents rapports. Afin de faciliter la lecture des résultats de recherche, une cohérence d'ensemble a été privilégiée afin que chaque partie repose sur un plan analogue. Par ailleurs, les « enquêtés » désignent, dans la suite des développements, à la fois les interviewés et les sondés (ou les répondants).

La figure ci-après (**Figure 2.01**) précise les dates de chaque entretien.

Figure 2.01 : Dates des entretiens⁵¹¹

	AC 1	AC 2	AV 1	NOT 1	AV 2	AC 3	AV 3
Date de l'entretien	04/12	04/12	06/12	06/12	10/12	10/12	10/12
	OE 1	OE 2	AV 4	EXP 1	AV 5	AV 6	AV 7
Date de l'entretien	11/12	11/12	11/12	12/12	12/12	12/12	13/12
	AC 4	OE 3	AC 5	AV 8	EXP 2	AV 9	AV 10
Date de l'entretien	13/12	16/12	16/12	18/12	18/12	19/12	19/12
	OE 4	NOT 2	EXP 3	EXP 4	EXP 5	EXP 6	
Date de l'entretien	19/12	20/12	20/12	06/01	07/01	07/01	

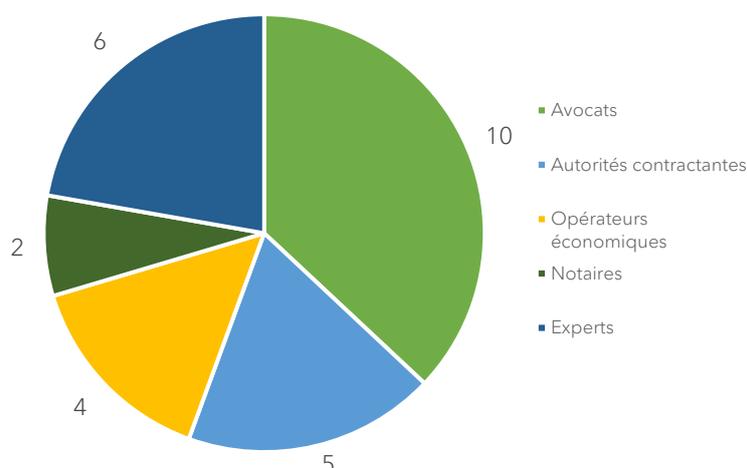
Panel des interviewés. En raison de la thématique du rapport, le panel d'interviewés a été élargi pour les présentes recherches aux notaires et à divers experts afin d'avoir un panorama plus complet des pratiques et des difficultés rencontrées par les professionnels. Précisément, le panel se compose de :

- **Pour la catégorie « Avocats » :** 3 conseillent principalement les opérateurs économiques (dont 1 également les prêteurs), 2 les autorités contractantes, et 5 conseillent autant l'un que l'autre ;
- **Pour la catégorie « Autorités contractantes » :** 2 sont des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), 1 est un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) de l'État et 2 sont des sociétés à capitaux publics ;
- **Pour la catégorie « Opérateurs économiques » :** 3 sont des concessionnaires⁵¹² et 1 intervient dans le secteur de la maîtrise d'œuvre ;
- **Pour la catégorie « Experts » :** 3 universitaires spécialisés en domanialité publique, 2 experts-conseils et 1 contrôleur financier ;
- **Pour la catégorie « Notaires » :** 2 études notariales conseillant tant les autorités contractantes que les opérateurs économiques.

La figure ci-après (**Figure 2.02**) expose la répartition de chaque qualité au sein du panel.

⁵¹¹ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; EXP : Expert ; NOT : Notaire ; OE : Opérateur économique.

⁵¹² Les secteurs d'activités ne seront pas précisés pour garantir l'anonymat des opérateurs économiques.

Figure 2.02 : Profil des interviewés

Modalités. Les entretiens ont été menés à l'appui de deux guides d'entretien établis en novembre 2024 par la Chaire en prenant soin que la discussion soit la plus libre possible : l'un pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques, l'autre pour les avocats, les notaires et les experts. Ceux-ci comprenaient par moment des questions spécifiques en fonction de la qualité de l'interviewé. Cette différence de traitement justifiée par la particularité de certains participants n'est *a priori* pas de nature à engendrer un quelconque biais susceptible de fausser les résultats de l'enquête qualitative.

À l'exception d'un entretien en présentiel, l'ensemble des entretiens a été mené par visioconférence privée à l'aide du logiciel Microsoft Teams®. Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l'anonymat des interviewés. Les entretiens n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites.

§II. La présentation de l'enquête quantitative

Enquête quantitative. Dans la continuité de cette enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée en ligne avec un formulaire unique à destination des autorités contractantes, des opérateurs économiques, des avocats et des notaires. L'objectif était de vérifier auprès d'un panel plus large de participants les résultats obtenus lors des entretiens⁵¹³.

⁵¹³ Les questions du sondage s'adaptait aux réponses des enquêtés (en particulier en fonction de la nature de leur organisme et des contrats rencontrés dans leur pratique). Le sondage était structuré en 5 parties. La première

Les sondages étaient accessibles du 3 au 28 mars 2025 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers⁵¹⁴.

Panel des sondés. Sur les 83 participants aux sondages, 40 ont indiqué répondre en tant qu'autorité contractante, 21 en tant qu'opérateur économique, 20 en qualité d'avocat et 2 de notaire. Cependant, puisque certaines participations ne sont pas exploitables en raison soit d'une absence de réponse sur le fond de l'enquête⁵¹⁵, soit d'une non-conformité au champ d'études⁵¹⁶, l'échantillon de données repose sur 32 formulaires d'autorités contractantes, 17 d'opérateurs économiques, 15 d'avocats et 2 de notaires, soit 66 participants⁵¹⁷. Précisément, le panel des sondés se compose de la manière suivante :

- **Les avocats :** 9 avocats exercent depuis plus de dix ans, 3 depuis plus de cinq ans (et moins de dix ans) et 3 depuis moins de cinq ans. Parmi eux, 10 conseillent indistinctement les autorités contractantes et les opérateurs économiques, 3 uniquement les autorités contractantes et 2 les opérateurs économiques⁵¹⁸. Seuls 2 d'entre eux n'exercent pas principalement en droit de la commande publique ;
- **Les notaires :** un notaire ayant plus de dix ans d'expérience conseillant à la fois des personnes publiques que des opérateurs économiques, et un notaire ayant entre cinq et dix années d'exercice conseillant principalement des personnes publiques ;
- **Les autorités contractantes :** 6 établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), 4 établissements publics administratifs (dont 2 de l'État, un local et un n'ayant pas précisé la nature de l'établissement),

consistait à déterminer le profil du sondé. La deuxième avait pour objet de recenser les retours d'expériences des participants sur l'identification des biens dans les contrats publics. Cette partie comportait, notamment, des sections sur la contractualisation du statut des biens, la théorie des biens de retour ou encore la propriété intellectuelle. La troisième partie du sondage s'intéressait à l'utilisation des biens dans les contrats publics, en particulier l'entretien et la maintenance, la réception partielle, la réception avec ou sous réserve, ou encore la garde d'un ouvrage ou des travaux. La quatrième partie cherchait à identifier les difficultés rencontrées dans les contrats publics relatives au régime de protection des biens publics. Enfin, la cinquième partie entendait dresser un panorama des attentes juridiques et opérationnelles des sondés quant au statut des biens dans les contrats publics.

⁵¹⁴ La Chaire remercie notamment l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE, Section de droit public) pour la promotion de l'enquête quantitative auprès de ses adhérents à l'issue du webinar sur le statut des biens dans les contrats publics, organisé par elle avec la participation de la Chaire.

⁵¹⁵ Précisément, 7 participants se sont limités à compléter les informations relatives au profil de l'enquêté.

⁵¹⁶ Trois participations s'avèrent provenir de structures étrangères n'appliquant pas les règles des droits français et européens.

⁵¹⁷ Il convient de préciser que les répondants ont pu choisir les thématiques qu'ils souhaitent traiter dans le cadre de l'enquête quantitative.

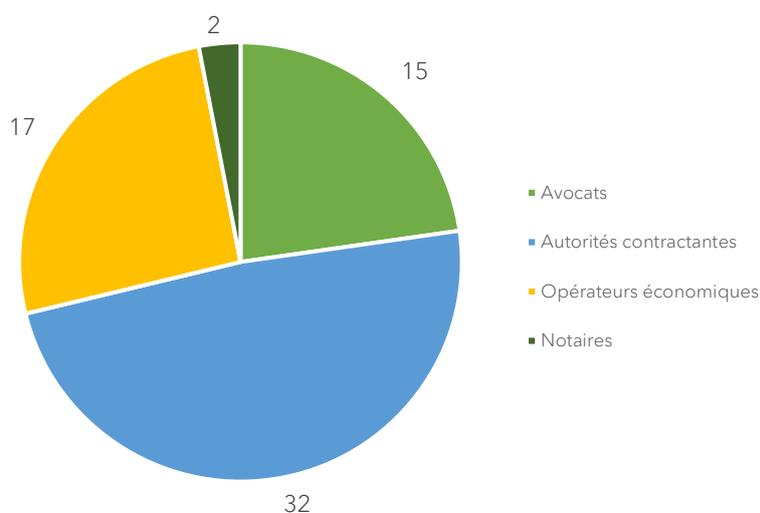
⁵¹⁸ Par ailleurs, 10 interviennent à la fois pour le conseil et le contentieux, 3 pour le conseil et 2 pour le contentieux.

3 administrations centrales de l'État, 3 administrations territoriales de l'État, 3 communes, 3 départements, 3 sociétés d'économie mixte ou de sociétés publiques locales, 2 établissements publics industriels et commerciaux locaux, une autorité administrative indépendante, une personne publique sui generis, un établissement public de santé, un établissement public local d'enseignement et une association pour les collectivités territoriales⁵¹⁹. Majoritairement, les autorités contractantes ont répondu en qualité de pouvoir adjudicateur (30 sur 32, soit 93,75 %). L'expérience des entités adjudicatrices n'a été partagée que par 2 enquêtés (soit 6,25 %), à savoir un établissement public industriel et commercial local et une association ;

- **Les opérateurs économiques :** 14 entreprises de plus de 500 employés, 2 entreprises de moins de 50 employés et un entrepreneur individuel.

La figure ci-après (**Figure 2.03**) expose la répartition de chaque qualité au sein du panel.

Figure 2.03 : Profil des sondés



§III. L'appréhension générale des praticiens

Objectif des enquêtes. Afin de dresser un état des lieux général de l'appréhension par la pratique du statut des biens dans les contrats publics, il était demandé, en début d'enquête,

⁵¹⁹ Pour information, la majorité des structures interrogées ont plus de 51 agents. En effet, seules 5 sur 32 autorités contractantes indiquent avoir moins de 50 agents, contre 15 ayant entre 51 et 500 agents et 12 plus de 501 agents. Ces données participent à estimer le flux de contrats conclus et gérés par les différents organismes participants.

aux participants de présenter le panorama des contrats publics et des biens qu'ils rencontrent au quotidien dans leurs dossiers (A.). Ensuite, les entretiens et les sondages s'orientaient autour des principales problématiques auxquelles ils sont confrontés, justifiant une attention particulière de leur part (B.).

A. La typologie des contrats publics et des biens rencontrés en pratique

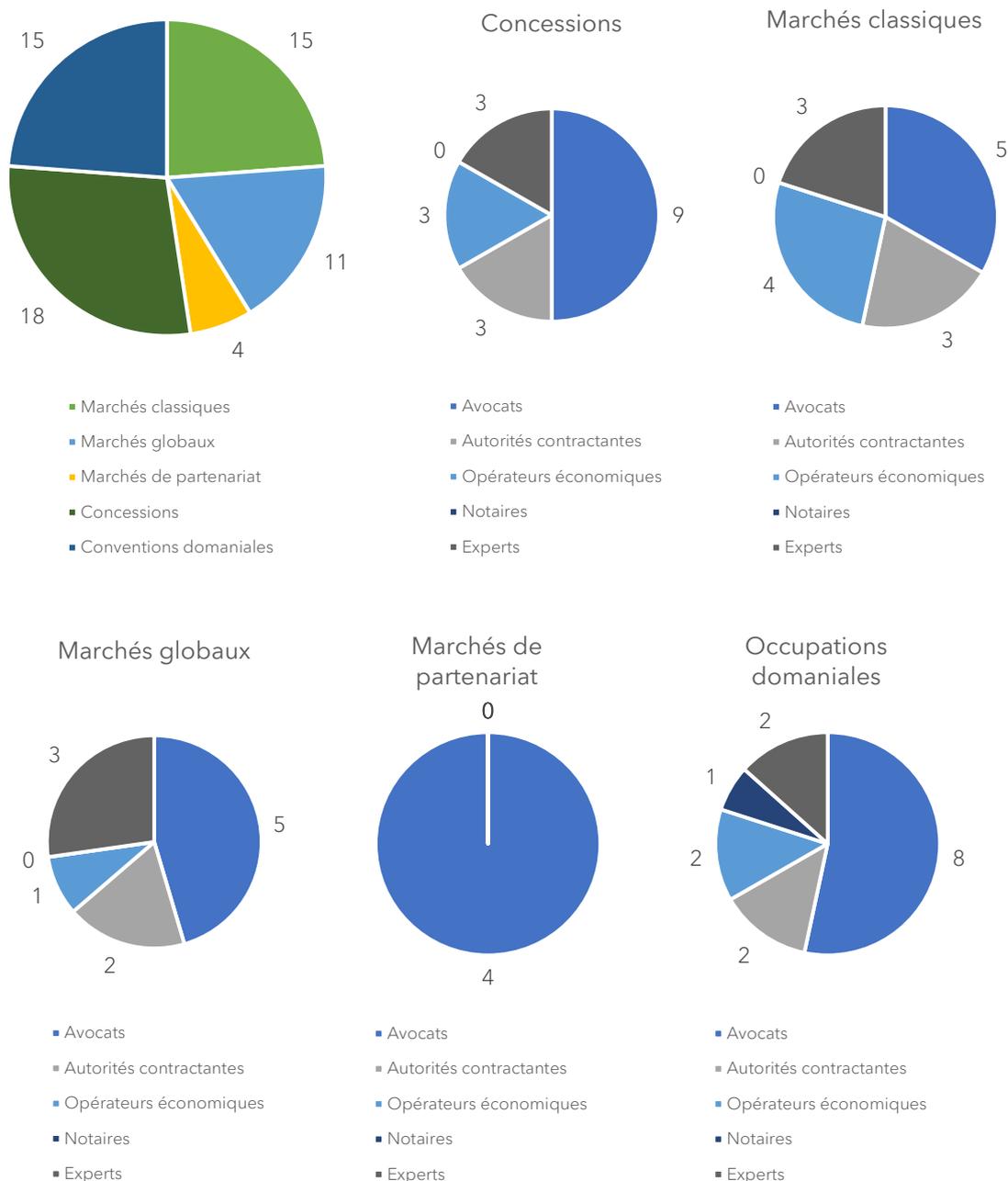
Champ d'études. Les principaux contrats publics analysés dans cette recherche, à travers les retours d'expériences obtenus, sont les marchés publics classiques, les contrats de concession et les conventions d'occupation domaniale (1.). En outre, les biens immobiliers ont suscité plus d'intérêts de la part des praticiens que les biens mobiliers, à l'exception, chez certains, des biens mobiliers incorporels (2.).

1. Le panorama des contrats publics mobilisés en pratique

Enquête qualitative. Les principaux contrats publics analysés lors des entretiens sont les contrats de concession (en particulier les délégations de service public et les concessions de service) pour 18 enquêtés sur 27. Par ailleurs, à égalité, les marchés publics classiques (marchés de fournitures, de services, de travaux ou mixtes) et les conventions d'occupation domaniale constitutives ou non de droits réels (occupation temporaire, bail à construction, bail emphytéotique administratif) ont fait l'objet de discussions auprès de 15 professionnels. Les marchés globaux (marchés de conception-réalisation et marchés globaux de performance) ont ensuite été traités dans 11 entretiens, et les marchés de partenariat (ou les contrats de partenariat public-privé) dans 4.

La figure ci-après (**Figure 2.04**) présente la répartition des contrats en fonction de la qualité de l'interviewé.

Figure 2.04 : Panorama des contrats rencontrés par les praticiens interviewés



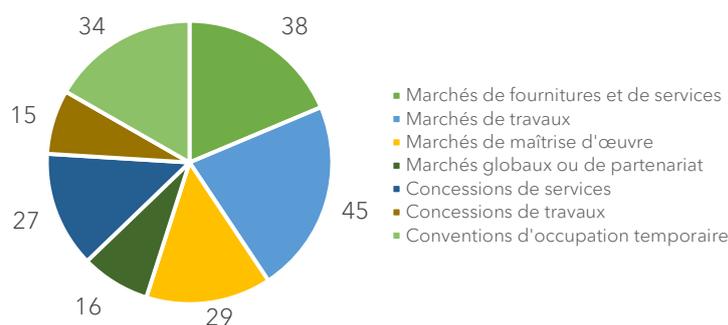
Si des propos ont pu être tenus par certains enquêtés sur les contrats de cession de bien, en raison de la restriction du champ d'études aux contrats de la commande publique et aux conventions d'occupation domaniale⁵²⁰, ceux-ci ne seront pas mentionnés dans le corps de cette recherche.

⁵²⁰ Sur ce point, nous renvoyons à la première partie du rapport sur l'état du droit et de la doctrine.

Enquête quantitative. Dans le cadre de l'enquête quantitative, les participants devaient préciser les contrats qu'ils rencontraient dans leur pratique en réponse à une question à choix multiples commune à toutes les qualités de répondants. Les résultats des sondages témoignent, dans la continuité des entretiens, d'une pratique essentiellement concentrée sur les marchés publics de travaux (45 sur 66, soit 68,18 %⁵²¹), les marchés publics de fournitures et de services (38 sur 66, soit 57,58 %⁵²²), les marchés publics de maîtrise d'œuvre (29 sur 66, soit 43,93 %⁵²³) et les conventions d'occupation temporaire constitutives ou non de droits réels (34 sur 66, soit 51,52 %⁵²⁴). Plus rarement, les sondés peuvent s'intéresser à la passation ou de la gestion des contrats de concessions de services (27 sur 66, soit 40,90 %⁵²⁵), des contrats de concessions de travaux (15 sur 66, soit 22,73 %⁵²⁶) et des marchés globaux ou des marchés de partenariat (16 sur 66, soit 24,24 %⁵²⁷)⁵²⁸.

Les figures ci-après (**Figure 2.05** et **Figure 2.06**) présentent la répartition des contrats en fonction de la qualité des répondants au sondage en ligne.

Figure 2.05 : Panorama général des contrats rencontrés par les praticiens sondés



⁵²¹ Soit : 14 avocats sur 15, 23 autorités contractantes sur 32 et 8 opérateurs économiques sur 17.

⁵²² Soit : 5 avocats sur 15, 27 autorités contractantes sur 32 et 6 opérateurs économiques sur 17.

⁵²³ Soit : 6 avocats sur 15, 1 notaire sur 2, 18 autorités contractantes sur 32 et 4 opérateurs économiques sur 17.

⁵²⁴ Soit : 8 avocats sur 15, 2 notaires sur 2, 17 autorités contractantes sur 32 et 7 opérateurs économiques sur 17.

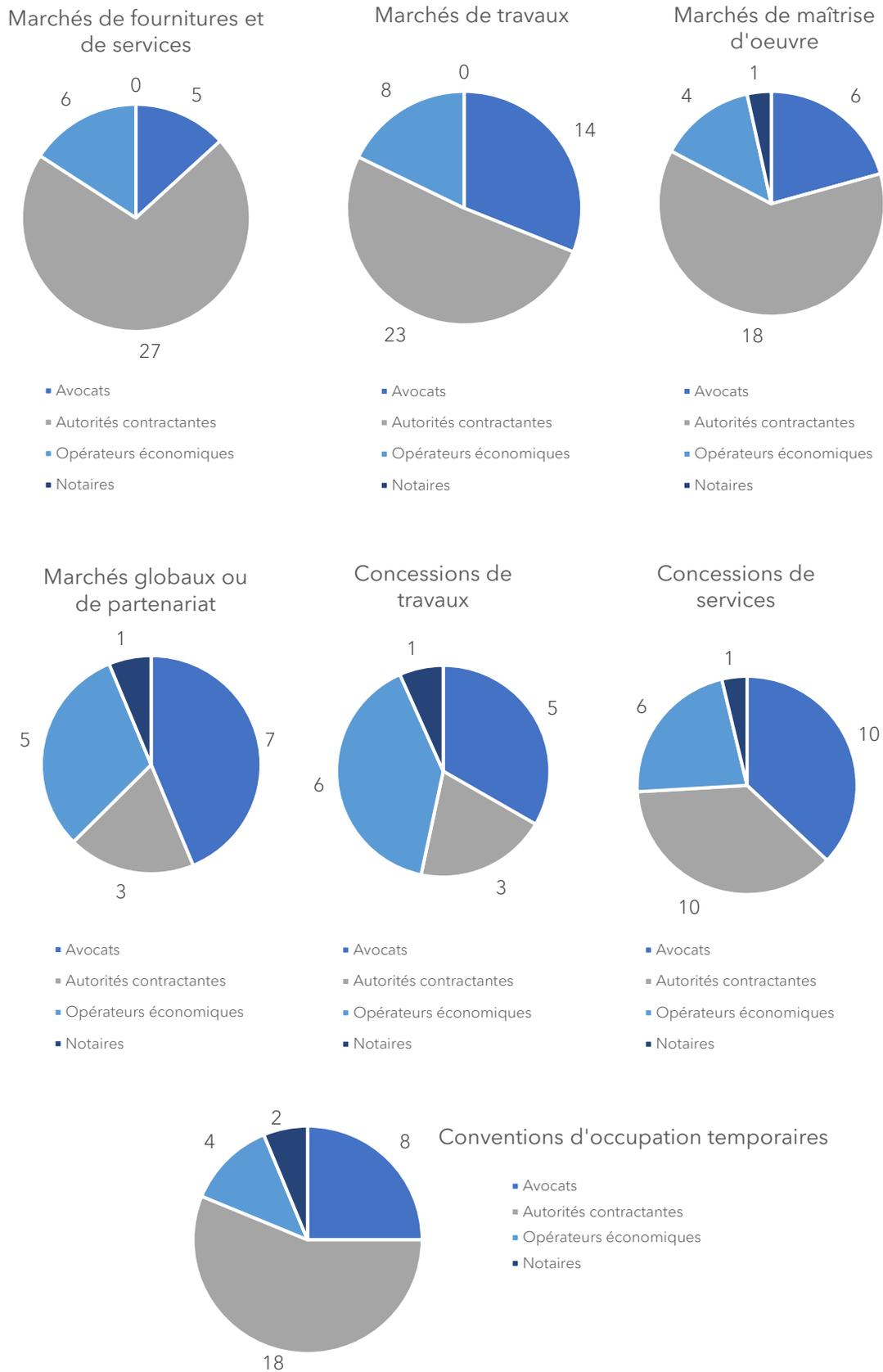
⁵²⁵ Soit : 10 avocats sur 15, 1 notaire sur 2, 10 autorités contractantes sur 32 et 6 opérateurs économiques sur 17.

⁵²⁶ Soit : 5 avocats sur 15, 1 notaire sur 2, 3 autorités contractantes sur 32 et 6 opérateurs économiques sur 17.

⁵²⁷ Soit : 7 avocats sur 15, 1 notaire sur 2, 3 autorités contractantes sur 32 et 5 opérateurs économiques sur 17.

⁵²⁸ En croisant les résultats des autorités contractantes, l'expérience des sondés se précise et atteste d'une diversité des contrats rencontrés. Principalement, les enquêtés traitent d'un ensemble « marchés publics de fournitures et de services, marchés publics de maîtrise d'œuvre et marchés publics de travaux » (pour 6 sur 32) ou de cet ensemble auquel s'ajoutent, pour d'autres, soit les concessions de services et les conventions d'occupation temporaire (pour 5 sur 32), soit uniquement les conventions d'occupation temporaire (pour 3 sur 32). Par ailleurs, 3 autorités contractantes sur 32 ne rencontrent que des marchés publics classiques (de fournitures, de services ou de travaux) et des conventions d'occupation temporaire, et 2 autres des marchés classiques avec des conventions d'occupation temporaire, des marchés globaux ou de partenariat et des marchés publics de maîtrise d'œuvre. D'autres combinaisons de contrats ressortent, mais ne représentent, à chaque fois, qu'un cas sur 32. S'agissant des notaires, un seul des deux intervient dans le cadre de projets liés à des marchés publics de maîtrise d'œuvre, de marchés globaux ou de partenariat, de contrats de concession (de service ou de travaux) et de conventions domaniales. L'autre ne connaît que des conventions domaniales.

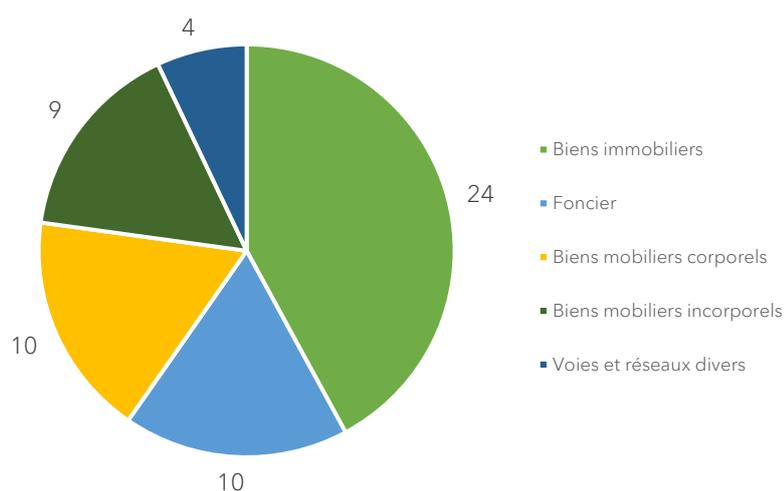
Figure 2.06 : Panorama des contrats selon la qualité des sondés



2. Le panorama des biens supports ou objets des contrats publics

Enquête qualitative. Concernant la nature des biens, majoritairement, les professionnels interviennent régulièrement sur des contrats publics dont le bien support est un bâtiment (pour 24 enquêtés sur 27) ou du foncier (10 sur 27). Les biens meubles ne sont pas pour autant exclus de leurs réponses puisque 10 interviewés indiquent avoir des dossiers sur des contrats en lien avec des biens meubles corporels, et 9 avec des biens meubles incorporels (comme les données informatiques, les sites internet, les logiciels informatiques ou encore les marques). Enfin, 4 participants connaissent plus de contrats portant sur des voies et réseaux divers (voirie, alimentation en eau, en électricité et en télécommunication)⁵²⁹. La figure ci-après (Figure 2.07) illustre la proportion de chaque type de bien au sein du panel d'enquête.

Figure 2.07 : Panorama des principaux biens rencontrés par les praticiens interviewés



Enquête quantitative. La moitié des sondés (34 sur 66, soit 51,52 %⁵³⁰) ont précisé la nature des biens habituellement rencontrés dans leurs contrats publics⁵³¹. Naturellement, les biens immobiliers sont mentionnés par la quasi-totalité des répondants à savoir 32 sur 34 (soit 94,12 %⁵³²), incluant les bâtiments (habitations, bureaux, casernes, commissariats, préfectures, hôtels, etc.), le foncier, les infrastructures ou encore les voies et réseaux divers. Les biens mobiliers corporels, comme les équipements (notamment les mobiliers urbains, les aires de jeux, le matériel de restauration ou d'entretien, etc.) et les fournitures courantes, ne sont, quant

⁵²⁹ Un avocat a mentionné avoir eu un dossier en lien avec une collection d'art, mais cela demeure exceptionnel dans son activité.

⁵³⁰ Soit : 8 avocats sur 15, 16 autorités contractantes sur 32 et 10 opérateurs économiques sur 17.

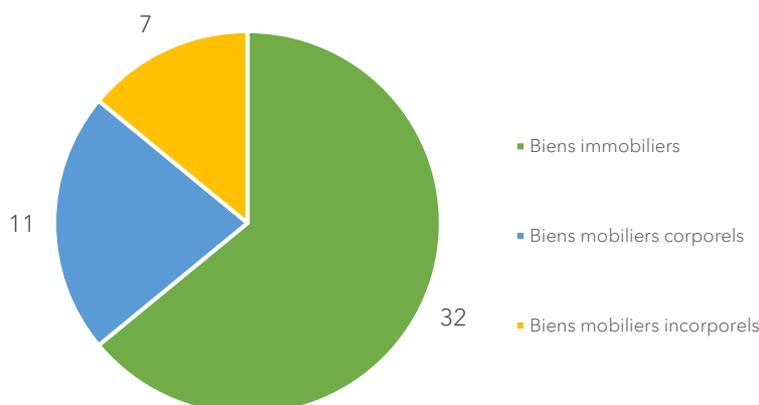
⁵³¹ Les notaires ne se sont pas prononcés sur ce point-là. Il est toutefois possible, au regard de leurs activités, de supposer qu'ils connaissent des biens immobiliers.

⁵³² Soit : 8 avocats sur 8, 15 autorités contractantes sur 16 et 9 opérateurs économiques sur 10.

à eux, évoqués que par 11 personnes ayant répondu à la question sur 34 (soit 32,35 %⁵³³), les biens mobiliers incorporels tels que la propriété intellectuelle, les données (ou *data*) et les logiciels informatiques apparaissant dans les réponses de 7 participants (soit 20,59 %⁵³⁴).

La figure ci-après (**Figure 2.08**) illustre la proportion de chaque type de bien au sein du panel des participants au sondage en ligne.

Figure 2.08 : Panorama des principaux biens rencontrés par les praticiens sondés



Relativité de la prépondérance des biens immobiliers. Alors que de nombreux contrats concernent des biens meubles corporels (comme les fournitures de bureau, les véhicules, les mobiliers, etc.) et incorporels (surtout à l'ère du numérique), l'occurrence des biens immobiliers (plus précisément des bâtiments et infrastructures) dans les réponses s'explique aisément au regard de la qualité des enquêtés. En effet, l'ensemble des avocats⁵³⁵, des notaires et des autorités contractantes interviewés et sondés ont mentionné en premier lieu que leurs dossiers sur les contrats publics font intervenir des biens immobiliers, les biens meubles étant plus rares, sauf dans le cas de délégations de service public avec le triptyque de biens de retour, de biens de reprise et de biens propres⁵³⁶. De plus, la place importante réservée aux concessions dans les propos des participants aux entretiens explique ce constat. En ce sens, un opérateur économique souligne :

« Sur le volet concessif, il y a l'ensemble des biens de la concession, notamment : les infrastructures, le foncier, les biens immatériels et le

⁵³³ Soit : 2 avocats sur 8, 7 autorités contractantes sur 16 et 3 opérateurs économiques sur 10.

⁵³⁴ Soit : 2 avocats sur 8, 4 autorités contractantes sur 16 et 1 opérateur économique sur 10.

⁵³⁵ Un avocat confie que les questions liées à la propriété intellectuelle relèvent d'un autre pôle du cabinet. Il se concentre, pour sa part, qu'aux questions liées à l'immobilier.

⁵³⁶ Voir *infra* : Section 2.

petit patrimoine (c'est-à-dire l'ensemble des équipements, du matériel, des véhicules, etc.). L'essentiel demeure les infrastructures. Nous avons beaucoup de débats sur les biens de la concession avec la peur pour le concédant et dans l'opinion publique que le concessionnaire parte avec les biens. Seulement, il faut être conscient que nous ne pouvons pas partir avec des ouvrages. L'essentiel de la valeur du patrimoine dans les contrats de concession de long terme est principalement constitué d'infrastructures physiques qui, de toute façon, reviennent au concédant. »

Il en va de même, au regard des conventions d'occupation du domaine qui permet la valorisation du patrimoine des autorités contractantes. L'une d'elles explique que *« les conventions d'occupation temporaire sont le support d'un programme immobilier permettant de participer directement ou indirectement à ses missions, dans un objectif de recherche permanente de recettes pour assurer l'équilibre budgétaire en phase d'exploitation d'un projet »*.

Pour autant, un établissement public intercommunal, conforté par 3 avocats, 2 experts et 2 autres autorités contractantes, relativise ces positions. Pour lui, si les biens immobiliers viennent immédiatement à l'esprit, les principales questions proviennent des interrogations autour du statut des biens meubles corporels et incorporels dans les contrats publics, en particulier dans les concessions. Sont notamment concernées la propriété intellectuelle de logiciels informatiques, la propriété des bases de données informatiques ou de marques et l'identification de la propriété de certains mobiliers, dont les flottes de véhicules ou le matériel de transports urbains.

Constats. Cette étape préliminaire permet de dresser de premiers constats sur la typologie des contrats publics qui intéressent, selon les participants, la thématique du statut des biens, à savoir principalement les concessions et les conventions d'occupation domaniales. Dès lors, la nature principale des biens rencontrés par les enquêtés est immobilière. Il s'agit ici d'insister sur le fait qu'une telle vision, alors même que des biens meubles peuvent être concernés par les contrats de concession ou d'autres catégories de contrat (comme les marchés publics), a pu entraîner *a priori* des conséquences sur les réponses des professionnels lors des entretiens.

Si certains ont pu élargir leurs propos aux biens meubles tant corporels qu'incorporels, il demeure qu'au début des échanges, les principaux biens mentionnés étaient des biens immeubles⁵³⁷. La recherche n'a pas été affectée par cette restriction aux biens immeubles effectuée par une partie du panel. D'une part, des enquêtés ont admis ne connaître que de biens immeubles en raison de leur spécialité (notamment des avocats, des notaires et des experts). D'autre part, une dizaine d'interviewés et une trentaine de sondés ont pu apporter des retours d'expérience relatifs aux biens meubles, en particulier dans le cadre des développements sur le triptyque des biens de retour, des biens de reprise et des biens propres. Les principales difficultés auxquelles les enquêtés sont régulièrement confrontés confirment la prise en considération à la fois des biens immeubles que des biens meubles.

B. Les principales problématiques rencontrées en pratique

Cadrage des enquêtes. Au début des deux enquêtes, il était demandé aux interviewés et aux sondés d'identifier les principales problématiques rencontrées en pratique. Ces propos préliminaires permettaient de concentrer les entretiens et les sondages sur les thématiques intéressant concrètement les enquêtés.

Enquête qualitative. Plusieurs problématiques ont été spontanément relevées par les praticiens concernant le statut des biens dans les contrats publics⁵³⁸. Majoritairement, les interviewés mentionnaient, de leur propre chef, des difficultés en matière d'identification du statut d'un bien public, d'application de la théorie des biens de retour et de réception des ouvrages. Ces sous-thématiques ayant fait l'objet de questions dédiées lors des entretiens et des sondages, les développements suivants ne les évoquent pas⁵³⁹.

En tout état de cause, les interviewés ont tous souhaité répondre aux questions relatives à l'identification de la nature et de la propriété d'un bien dans les contrats publics (27 sur 27). L'utilisation des biens dans les contrats publics a, de son côté, rassemblé une forte majorité

⁵³⁷ Une telle approche est assez classique et se retrouve également en droit civil. L'adage latin *res mobilis res vilis* souligne d'ailleurs la moindre importance donnée aux biens meubles.

⁵³⁸ Seul un interviewé estime ne pas rencontrer de difficultés particulières sur ce champ d'études grâce à la qualité de leurs contrats.

⁵³⁹ Sur ces points, voir : Section 1 et Section 2.

d'entre eux (24 sur 27)⁵⁴⁰, contrairement aux discussions sur la protection des biens dans les contrats publics où l'intérêt des participants est plus modéré (18 sur 27)⁵⁴¹.

Seulement, d'autres points ont été relayés par les praticiens dont les questions assurantielles (ayant déjà fait l'objet d'une analyse dans un ancien rapport de la Chaire⁵⁴²), le lien entre le statut d'un bien public et son financement, la liberté contractuelle des autorités contractantes et la compétence juridique.

Financement. Tout d'abord, le statut emporte des conséquences sur le financement des biens immobiliers des autorités contractantes en raison des droits réels en domanialité publique, selon deux avocats interviewés. L'importance du statut du bien pour les investisseurs est cependant relativisée par un de leurs confrères :

« Dans mon expérience, la question du statut des biens est moins importante. La réalisation du bien est souvent l'objet du contrat. L'intérêt est moins porté sur le statut du bien lui-même. Je n'ai jamais vu un investisseur ou un prêteur s'intéresser à la mise en place de droits réels ou d'une sûreté sur un bien. En droit privé, un banquier peut saisir un bien. En pratique, un banquier ne fait des droits réels sur les biens publics. Ce ne sont pas des droits qui sont valorisés. Les banques qui apportent de la dette ou les investisseurs qui apportent des fonds regardent surtout les clauses de fin anticipées pour savoir ce qu'ils auront en cas de défaillance. La sûreté n'est pas sur le bien, mais sur les créances ou les flux, sur les indemnités de résiliation. »

Pour autant, un expert observe que les personnes publiques ont tendance à « instrumentaliser le statut de leurs biens » en ne déclassant pas un bien du domaine public pour « profiter d'un régime qui lui est plus favorable, plus protecteur », le déclassement servant alors de « pression dans les négociations immobilières ».

En outre, un autre expert mentionne une situation spécifique relative à l'évolution du statut d'un bien en cours d'exécution d'un contrat. Effectivement, lorsqu'un occupant d'un bien

⁵⁴⁰ Soit : 9 avocats sur 10, 6 experts sur 6, 5 autorités contractantes sur 5 et 4 opérateurs économiques sur 4 . Aucun notaire n'a répondu à cette sous-thématique.

⁵⁴¹ Soit : 8 avocats sur 10, 2 notaires sur 2, 6 experts sur 6, 1 autorité contractante sur 5 et 1 opérateur économique sur 4.

⁵⁴² F. LICHÈRE (dir.), *Répartition et traitement des risques dans la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, juillet 2024.

du domaine privé voit ce bien intégrer le domaine public de la personne publique contractante, il risque la perte de ses droits. Comme le souligne un expert, l'identification du statut et du régime d'un bien d'une personne publique influence le modèle contractuel sur lequel reposera le projet porté par l'autorité contractante.

Liberté contractuelle. Plusieurs interviewés, à savoir 8 sur 27, ont confié rencontrer des difficultés relatives au risque de requalification de contrats en contrats de la commande publique et à la mise en concurrence de certaines conventions domaniales sur le domaine privé de la personne publique.

Un expert remarque que lorsqu'un bien est dans le domaine public, la préoccupation première de la personne publique est d'éviter, pour les conventions d'occupation domaniale, la mise en concurrence, car les occupants sont déjà pressentis⁵⁴³, même si une telle pratique s'inscrit en contrariété avec la loi. Les personnes publiques essaient alors de se placer dans les exceptions du Code général de la propriété des personnes publiques, voire de déclasser le bien pour le faire échapper à la mise en concurrence. Seulement, c'est une analyse purement nationale du dossier. Cette analyse comporte des risques non négligeables d'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne, même si le Conseil d'État considère que le domaine privé ne fait pas l'objet de concurrence depuis la décision *Commune de Biarritz* de décembre 2023. À ce propos, l'expert confie que « *le risque de la compatibilité de la non-mise en concurrence au droit européen ne fait pas peur aux personnes publiques* ».

De plus, le risque de requalification est régulièrement évoqué parmi les 8 enquêtés, notamment les 2 notaires⁵⁴⁴, 2 experts et 1 autorité contractante. À ce titre, un expert observe la tendance des personnes publiques à vouloir échapper aux règles de mise en concurrence :

« Les contrats de la commande publique ne nous sont pas présentés sous cette forme, mais sous la forme de schémas privés comme un bail à construction ou une VEFA. À l'étude du dossier, nous nous rendons compte qu'il y a un objet de commande publique. Les contrats

⁵⁴³ En notant l'instrumentalisation du statut des biens ultérieurement mentionnée, il est possible de relever, ici, les attentions *a priori* contradictoires des personnes publiques quant aux biens. En réalité, ceci reflète une volonté pour les personnes publiques de bénéficier des meilleurs régimes juridiques qui lui sont offerts.

⁵⁴⁴ L'un d'eux salue d'ailleurs la possible exclusion des VEFA dans l'actuel projet de loi de simplification de la vie économique actuellement en cours d'examen devant l'Assemblée nationale.

initialement privés sont finalement requalifiés en publics (notamment en marché public de travaux ou en marché public de service⁵⁴⁵). »

Prenant l'exemple de la construction d'une maison médicale sur un terrain privé d'une collectivité, l'interviewé explique que la requalification d'un bail emphytéotique du Code rural ou d'un bail à construction en un BEA ou en un contrat de la commande publique entraîne des répercussions notables sur les hypothèques prises sur le bien. Celles-ci sont frappées de nullité. Or, l'expert relève que *« la nullité est problématique, car si un organisme bancaire venait à saisir un immeuble faisant l'objet d'une hypothèque, on ne peut alors pas se désintéresser des dettes et créances »*, sans oublier l'engagement possible de la responsabilité du notaire. La nullité de la cession du bail est également possible.

En somme, le risque de requalification restreint la liberté contractuelle des autorités contractantes. Divers montages contractuels peuvent questionner, en particulier celui des doubles ventes qui sont considérées en droit privé comme deux contrats distincts, mais comme un contrat unique pour le droit administratif. Pour l'expert, *« il faut analyser le contrat dans sa globalité pour déterminer s'il relève, dans cette situation, d'un contrat de la commande publique, et si le prix de la vente de terrain contre la remise des locaux est inférieur à 27% du montant global alors le contrat est exclu de la commande publique, car l'objet de la vente du terrain est plus important que celui de commande publique »⁵⁴⁶.*

La recherche d'une plus grande liberté contractuelle n'est finalement pas sans risque pour les personnes publiques qui s'exposent tantôt à des risques d'incompatibilité de leur processus d'attribution d'une convention d'occupation au regard du droit de l'Union européenne, tantôt à des risques de requalification de leur montage contractuel au regard du droit national et du droit de l'Union européenne.

Compétence juridique. Le risque est également présent au niveau de la compétence des personnes publiques. Un avocat partage, en effet, une difficulté tenant à la compétence juridique dans le cadre d'intercommunalité lorsque des établissements intercommunaux se sont

⁵⁴⁵ L'expert précise pour les marchés publics de services : *« Dans le cas d'une livraison immobilière, il y a une exonération de la mise en concurrence, même si l'article du Code de la commande publique n'est pas clair. Pour les immeubles existants, il n'y a pas de difficultés. Seulement, qu'en est-il lorsque l'immeuble n'est pas bâti : l'opération doit s'apparenter à une opportunité d'achat dans le marché immobilier. Il y a de véritables discussions chez les notaires sur ce point. La jurisprudence n'arrive pas à comprendre tous les enjeux de ces questions et le notariat doit être bien plus sensible à ces problématiques également. »*

⁵⁴⁶ En ce sens, voir : Cass., Civ., 3ème, 26 octobre 2023, n° 22-19.444.

vu accorder la compétence obligatoire ou optionnelle en matière d'aménagement. En ce sens, l'interviewé explique :

« La compétence d'aménagement induit une intervention sur le domaine public pour la réalisation d'équipement public. Ceci peut relever de la compétence d'une autre entité que l'aménageur. La question qui peut se poser est la suivante : est-ce qu'on a un effet attractif de l'aménagement (c'est-à-dire que dès lors que je réalise l'aménagement, tous les biens relèvent de l'opération d'aménagement) ou dois-je avoir l'accord de toutes les collectivités ?

Pour l'instant, la deuxième solution est privilégiée. On se retrouve avec des situations politiques intéressantes puisque les élus doivent faire ensemble.

De plus, que faire lorsqu'un EPCI a sollicité une ville pour faire des aménagements sur le territoire communal d'une de ses communes membres et que la commune donne des exigences spécifiques. En droit, la question n'est pas tranchée. »

Deux opérateurs économiques et une autorité contractante confirment que la compétence juridique des autorités publiques emporte quelques difficultés opérationnelles, en particulier dans le cadre de l'affichage publicitaire lorsque l'autorité en charge de la police de l'affichage est distincte de l'autorité contractante.

En outre, la compétence juridique pose des questionnements sur le financement des aménagements. En effet, un avocat relève :

« Sur le financement, comment faire participer les communes à l'opération d'aménagement ? L'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme prévoit que les communes peuvent participer à l'équilibre de l'opération d'aménagement. Mais, c'est l'idée, aujourd'hui, d'une compensation d'un déficit sur son budget de fonctionnement qui vient rétablir l'équilibre du bilan de la concession d'aménagement. La réalité est différente. Les communes n'ont pas les fonds. Et quand elles les ont, c'est uniquement pour les équipements publics qui vont leur

revenir à la fin. Aujourd'hui, les équipements de « retour » sont acquis par rachat d'ouvrage.

S'ajoute à ceci la possibilité de faire financer l'équipement par un aménageur, un constructeur ou le propriétaire. Pour un équipement en zone d'aménagement concertée (ZAC), le montant de la participation et le reste à financer échappent à la collectivité dont l'équipement va être financé. Si on prend une concession hors-ZAC, il y a la convention de projet urbain partenarial où la commune conserve la compétence urbanistique et l'autorité concédante la compétence d'aménagement, conformément aux dispositions de l'article L. 332-6 du Code de l'urbanisme. Si le bien ne revient pas à la CT qui fait la convention, elle doit faire une convention tripartite. Un tel millefeuille de compétences ne satisfait personne et oblige à des jeux politiques qui ne sont pas propices aux constructions. »

Par ailleurs, l'avocat s'inquiète d'une « *dépossession progressive de la souveraineté communale* » alors que de nombreux maires sont « *des maires bâtisseurs qui se font élire avec l'ambition de transformer leur ville* »⁵⁴⁷. Le basculement de la compétence d'aménagement au niveau intercommunal pourrait remettre en cause de nombreux contrats du fait que des communes continuent d'intervenir en matière d'aménagement de la ville, à travers des programmes de promotions immobilières et des projets figés d'aménagement (prévus dans les orientations d'aménagement et de programmation des PLU). Or, pour l'avocat, « *si ces multiples opérations immobilières sont de la compétence d'aménagement de l'EPCI, alors potentiellement les actes de vente conclus par la commune ou un satellite de la commune (comme une SEMP ou une SPL) avec des opérateurs économiques sont entachés d'incompétence* ». Si les communes justifient cette pratique par la valorisation de leur patrimoine communal, des notaires commencent à s'inquiéter, confie l'enquête.

Cette question ne se limite pas à la sphère intercommunale et peut se rencontrer dans d'autres hypothèses. Une autorité contractante témoigne en ce sens avec l'exemple de la restitution de nouvelles voiries (qu'elle a fait construire) à des collectivités territoriales. Puisque la voirie implique un coût financier non négligeable pour l'entretien et la maintenance, les

⁵⁴⁷ Cette idée se retrouve auprès d'un expert. En effet, il insiste sur le fait que les élus locaux veulent avoir leur mot à dire dans les projets d'aménagement et d'infrastructure : « *La sphère politique a son mot à dire sur le bien, d'autant plus qu'une partie importante des travaux est cofinancée par les collectivités territoriales* ».

collectivités territoriales peuvent être réticentes à accepter la restitution pour des considérations budgétaires. L'autorité contractante indique alors négocier avec les élus pour déterminer ce que chacun peut prendre à sa charge dans ces coûts.

Constats. Finalement, les propos préliminaires dressent les constats suivants. Tout d'abord, ils justifient un approfondissement spécifique dans la suite de l'étude de la théorie des biens de retour étant donné qu'une large majorité d'enquêtés insiste sur les difficultés pratiques qu'ils rencontrent dans le cadre de son application au regard du caractère de nécessité du bien dans sa qualification de bien de retour.

Ensuite, la méconnaissance par les personnes publiques de leur patrimoine foncier et immobilier affecte la détermination de la propriété publique ou privée de leurs biens. La conséquence n'est pas anodine puisque, pour une partie du panel d'enquêtés, la stratégie contractuelle et le financement d'un projet dépend du statut et du régime du bien avec une volonté, de la part des autorités contractantes, d'éviter la mise en concurrence dès que cette option est disponible.

L'insécurité juridique résultant de la jurisprudence récente du Conseil d'État est également à souligner. L'éviction de toute procédure de mise en concurrence peut, en l'état actuel du droit et en particulier pour les conventions d'occupation domaniale d'un bien relevant du domaine privé d'une personne publique, présenter un risque d'incompatibilité de la jurisprudence du Conseil d'État, *Commune de Biarritz*⁵⁴⁸, avec le droit de l'Union européenne (à savoir la directive « Services »⁵⁴⁹ et la jurisprudence de la Cour de justice, *Promoimpresa Srl*⁵⁵⁰). Un risque similaire est également relevé lors des entretiens : le risque de requalification d'une convention domaniale en contrat de la commande publique. Ceci peut entraîner la nullité des éventuelles hypothèques et l'engagement de la responsabilité de notaires. Ce risque n'est pas non plus sans effet sur la sécurité juridique de certains montages contractuels complexes, notamment des contrats de double vente.

L'insécurité juridique ne se limite pas aux risques d'incompatibilité au droit de l'Union européenne ou de requalification du montage contractuel en contrat de la commande publique. Il s'étend à la question de la compétence juridique des personnes publiques, en particulier dans le cadre des intercommunalités en matière de compétence d'aménagement, de l'affichage

⁵⁴⁸ CE, 2 décembre 2022, *Commune de Biarritz*, n° 460100.

⁵⁴⁹ Dir. 2006/123/CE.

⁵⁵⁰ CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14.

publicitaire ou encore de la voirie. En pratique, ceci nécessite des négociations entre les élus locaux pour éviter tout blocage d'un projet.

Enquête quantitative. Dans le cadre des sondages, les participants à l'enquête quantitative ont, quant à eux, principalement témoigné de l'intérêt pour les effets des contrats publics sur l'utilisation des biens publics (42 sur 66 : soit 63,64 %⁵⁵¹). Leurs effets sur l'identification de la nature ou de la propriété d'un bien public ou sur le régime de protection des biens publics ont suscité *a priori* moins de réactions puisque le nombre de répondants s'élève, pour ces thématiques, respectivement à 32 sur 66 (soit 48,48 %⁵⁵²) et 31 sur 66 (soit 46,97 %⁵⁵³).

Plan de la synthèse. Les propos préliminaires ainsi recueillis auprès des interviewés et des sondés dessinent les contours de la présente étude. Les enquêtes de terrain se poursuivaient, selon le choix de l'enquêté, par le partage des retours d'expérience des participants, dans le cadre des contrats publics, sur l'identification de la nature et de la propriété des biens (**Section 1**), l'utilisation des biens (**Section 2**) ainsi que leur protection et leur financement (**Section 3**). Enfin, les entretiens se concluaient par des propos prospectifs sur les attentes juridiques ou opérationnelles concernant le statut des biens dans les contrats publics (**Section 4**)⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Soit : 7 avocats sur 15, 23 autorités contractantes sur 32 et 12 opérateurs économiques sur 17.

⁵⁵² Soit : 8 avocats sur 15, 2 notaires sur 2, 14 autorités contractantes sur 32 et 8 opérateurs économiques sur 17.

⁵⁵³ Soit : 10 avocats sur 15, 2 notaires sur 2, 10 autorités contractantes sur 32 et 9 opérateurs économiques sur 17.

⁵⁵⁴ Des résumés d'étape sont proposés à la fin de chaque section.

SECTION 1 : L'IDENTIFICATION DE LA NATURE ET DE LA PROPRIÉTÉ D'UN BIEN DANS LE CADRE DES CONTRATS PUBLICS

Objectif des enquêtes. Après avoir dressé un état des lieux de l'appréhension du statut des biens dans les contrats publics, les entretiens et les sondages se sont concentrés sur leur expérience de l'identification de la nature et de la propriété de ces biens. Si l'ensemble des interviewés ont abordé cette thématique⁵⁵⁵, l'enquête quantitative a, elle, réuni 30 participations sur 66⁵⁵⁶ (soit 45,46 %⁵⁵⁷) autour de celle-ci.

Les praticiens rencontrent des difficultés dans la détermination, non pas spécialement de la nature d'un bien, mais dans celle de sa propriété (§I.). Face à ce problème, la contractualisation du statut et de la propriété peut être perçue comme une solution utile et pertinente, encore faut-il qu'elle soit effectuée intelligemment au regard du projet porté par le contrat public (§II.). La contractualisation admet une limite avec la théorie des biens de retour. L'application de cette théorie a, d'ailleurs, été au centre des discussions lors des entretiens⁵⁵⁸. Nombreux sont les enquêtés à avoir partagé des difficultés relatives à la définition des biens de retour et l'indemnisation des biens de reprise (§III.). Enfin, des difficultés sont relayées par les praticiens en matière d'occupation domaniale et de sous occupation domaniale (§IV.).

⁵⁵⁵ À noter, dans le cadre des entretiens, les 2 notaires n'ont répondu qu'aux questions relatives à l'identification de la propriété d'un bien et non sur l'ensemble des questions de la section.

⁵⁵⁶ Une perte de 3 participants s'observe entre le nombre de répondants intéressés par la thématique en introduction et le nombre de participations effectives.

⁵⁵⁷ Précisément : 7 avocats sur 15, 2 notaires sur 2, 14 autorités contractantes sur 32 et 7 opérateurs économiques sur 17.

⁵⁵⁸ Sur les 27 entretiens menés, 20 ont traité de cette sous-thématique. De leur côté, seuls 17 sondés sur 66 ont abordé la sous-thématique.

§I. Les difficultés liées à l'identification de la nature et de la propriété d'un bien

Résultats des enquêtes. Le statut et la typologie d'un bien sont déterminants dans les contrats publics, selon 25 répondants sur 30 (soit 83,33 %⁵⁵⁹)⁵⁶⁰, en particulier pour la constitution de droits réels, ou pour déterminer si un appel à manifestation d'intérêt est nécessaire en vue de la conclusion d'une subdélégation ou d'une sous-location, dans le cadre d'un contrat de concession⁵⁶¹.

Les enquêtes qualitative et quantitative ont été l'occasion pour les praticiens de partager leurs difficultés tenant à l'identification de la nature et de la propriété des biens immobiliers (A.) et mobiliers incorporels ou incorporels (B.) des personnes publiques dans le cadre des contrats publics, avec une attention particulière portée à la propriété intellectuelle (C.)⁵⁶².

A. Les biens immobiliers

Difficultés. L'identification du statut et de la propriété d'un bien peut être délicate pour les biens immobiliers des personnes publiques, car, selon 2 notaires interviewés⁵⁶³, nombreuses sont celles qui ne connaissent pas l'étendue de leur patrimoine foncier et immobilier. Or, comme l'indique l'un d'eux, pour le domaine public⁵⁶⁴, « *pour les personnes publiques, la prescription est longue et il faut parfois remonter jusqu'à l'époque de Louis XIV* ».

⁵⁵⁹ Soit : 6 avocats sur 7, 2 notaires sur 2, 12 autorités contractantes sur 14 et 5 opérateurs économiques sur 7.

⁵⁶⁰ Une autorité contractante n'a pas répondu à la question, une autre considère (avec un opérateur économique) que le statut et la typologie n'exercent aucune influence sur le contrat. Une entreprise privée estime, quant à elle, que le statut n'influence nullement les contrats en raison des régimes jurisprudentiels et légaux des biens.

⁵⁶¹ Une collectivité territoriale confie que des difficultés s'observent également pour « *les contrats historiques qui ne relevaient pas d'une catégorie juridique claire, avec des dispositions inexistantes ou floues sur le statut et la propriété des biens* ». La solution apportée par cette dernière est de procéder par un protocole transactionnel afin de requalifier, à l'amiable, la propriété en faveur de la personne publique.

⁵⁶² Dans le cadre des interviews, uniquement un avocat, une autorité contractante et un opérateur économique estiment ne pas rencontrer de difficultés dans l'identification de la nature ou de la propriété d'un bien. L'un des opérateurs économiques ajoute que la question ne se pose pas vraiment pour ses services. Pour lui, l'attention est portée sur le champ d'application de ses contrats de concession au regard de logements neufs. Les prestations sont effectuées, dans ce cas-là, à la condition que les frais soient pris en charge par le propriétaire de ce nouveau logement.

⁵⁶³ Les deux notaires confient rencontrer des difficultés pour déterminer si un bien appartient ou non au domaine privé d'une personne publique. Ceci peut nécessiter de leur part des recherches historiques longues pour vérifier si le bien a été ou non déclassé et désaffecté, étant précisé que les collectivités de petites et moyennes tailles ont une connaissance très relative de leur patrimoine.

⁵⁶⁴ La prescription trentenaire classique s'applique au domaine privé.

Inventaire patrimonial. Des erreurs d'appréciation dans l'identification du statut des biens immobiliers sont courantes, à en croire les avocats interrogés lors de l'enquête qualitative. Pour un premier avocat, cela résulte parfois d'un problème lié au déclassement et à la désaffectation, en particulier lorsque le bien n'est jamais sorti du domaine public d'une autre personne publique propriétaire.

Un avocat interviewé se veut plus critique envers les collectivités territoriales dont l'inventaire domanial nécessiterait une mise à jour. Selon un de ses confrères, cela est dû à « *la méconnaissance de leur patrimoine et de la date d'amortissement* » du bien. En effet, les collectivités ne changeraient pas l'état de leur patrimoine dans leurs documents comptables, en cas de travaux. De plus, la frontière entre les deux domaines, public et privé, n'est pas toujours maîtrisée par les agents et les élus de certaines collectivités.

Cette difficulté opérationnelle est partagée par plusieurs sondés. La connaissance qu'un bien est sorti du domaine public n'est pas aisée, comme en témoignent les réponses de 12 sondés sur 31 (soit 38,71 %⁵⁶⁵). L'historique du bien est souvent mal connu. En ce sens, il y a des incertitudes sur le point de savoir si un bien a un jour intégré le domaine public, sans n'avoir jamais fait l'objet d'une procédure de déclassement. Un des répondants regrette que les données patrimoniales des personnes publiques ne soient pas mises à jour. Pour reprendre les propos d'un avocat, l'absence de publication des actes administratifs et des procédures de classement ou de déclassement non abouties ou partielles fait défaut en pratique⁵⁶⁶. Si une autorité contractante regrette l'absence de registre permettant de connaître l'antériorité d'un bien, une autre effectue des recherches approfondies dans ses archives pour s'assurer soit d'une absence d'affectation à un service public, soit d'un déclassement du bien en cause. Enfin, une dernière autorité contractante considère, par volonté de simplicité, que l'ensemble des biens d'une concession de service public relève du domaine public.

Critères de la domanialité. Au-delà, les difficultés proviennent de l'appréciation des critères de la domanialité publique d'un bien. Telle est la principale problématique que rencontrent les praticiens sondés (20 sur 31, soit 64,51 %⁵⁶⁷). À ce titre, une commune explique :

⁵⁶⁵ Soit : 2 avocats sur 7, 1 notaire sur 2, 5 autorités contractantes sur 14 et 4 opérateurs économiques sur 8. À noter que les 5 autorités contractantes ont admis éprouver des difficultés dans l'appréciation de la réalité des critères du domaine public.

⁵⁶⁶ Un opérateur économique rejoint l'enquête, en particulier dans les situations où les implantations de réseaux sont anciennes, sans possibilité d'enclencher de prescription acquisitive.

⁵⁶⁷ Soit : 6 avocats sur 7, 1 notaire sur 2, 9 autorités contractantes sur 14 et 4 opérateurs économiques sur 8.

« Lorsque le bien est affecté à une activité dont la qualification de service public relève de la libre administration de la personne publique, il peut y avoir des contestations (notamment sur des contrats anciens) de cette qualification par le cocontractant pour éviter l'application de la jurisprudence Commune de Douai⁵⁶⁸. »

Dès lors, un avocat ajoute que l'enjeu est de déterminer si les biens immobiliers qui ne sont pas affectés à l'usage direct du public⁵⁶⁹ font véritablement l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution du service public. Dans le même sens, une collectivité territoriale partage un cas concret qu'elle rencontre :

« La collectivité attribue, par un contrat de concession de service public, l'exploitation d'hôtels-restaurants. Un concessionnaire privé s'interroge sur la qualification de ces établissements en tant que biens du domaine public, malgré la nature éminemment publique du contrat qui les encadre. En effet, ces établissements sont liés à une activité privée opérant dans un cadre concurrentiel.

L'application du double critère de la domanialité publique (affectation à un service public et aménagement spécifique) semble fragile dans une telle situation. Le critère d'affectation peut être remis en cause si l'activité est exploitée dans des conditions de marché ouvertes à la concurrence, et l'exigence d'aménagement spécifique peut être sujette à débat selon l'investissement réalisé par la collectivité. Nous remédions à ce doute en considérant qu'il s'agit chaque fois de biens publics soumis à une publicité préalable, au sens du droit européen, y compris pour les conventions d'occupation. Certes il y a une perte de flexibilité et l'exploitation s'en ressent, mais la sécurité juridique est garantie. »

⁵⁶⁸ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.

⁵⁶⁹ Interrogée sur la désaffectation juridique d'un bien du domaine public, une autorité contractante sondée sur 8 admet y recourir malgré le caractère contraignant de la procédure. Au titre de leurs missions de conseil, 3 avocats sur 7 et un notaire (sur 2) ont pu suggérer ou accompagner des personnes publiques pour procéder à une désaffectation juridique d'un bien du domaine public. Aucune difficulté particulière n'est relevée sur ce point par les enquêtés, à l'exception de la motivation de l'acte qui peut s'avérer délicate en pratique, selon un avocat. Un notaire indique rencontrer des difficultés, mais n'apporte aucune précision sur celles-ci.

Recommandation des praticiens. C'est pourquoi, en cas de doute sur le statut du bien, la pratique préconise de considérer que le bien relève du domaine public de la personne publique. Une autorité contractante explique, dans un entretien, que « *même si l'affectation a cessé, en l'absence d'acte explicite de déclassement, il n'est pas possible d'affirmer que le bien relèverait du domaine privé* ». Par ailleurs, une autre solution envisagée par un opérateur économique sondé est le partage d'information et les échanges avec la personne publique. Sur ce point, une autre entreprise du panel de l'enquête quantitative regrette le manque de coopération de certains services, une coopération pourtant prônée par une grande partie des enquêtés (tant lors des entretiens que des sondages).

Interprofessionnalité et coopération. La détermination d'un bien relevant du domaine public est loin d'être une mince affaire. C'est la raison pour laquelle l'un des avocats interviewés préfère renvoyer la qualification de la domanialité aux notaires, même si ce renvoi ne résout pas toutes les difficultés :

« Il n'y a pas toujours d'acte matériel pour l'entrée. Il faut connaître l'historique et vérifier qu'il n'y ait pas d'acte de sortie. On ne se prononce jamais sur ce point, sauf si la question est sur l'aménagement d'un nouveau bien qui est susceptible d'entrer le bien dans le domaine public. Je ne me prononce jamais sur le fait que ce n'est pas du domaine public. Il arrive que les notaires bottent en touche, c'est rare. Mais dans ce cas, on demande une décision de déclassement pour lever tout doute. »

Les résultats des sondages en ligne confirment la démarche interprofessionnelle et la coopération des services pour déterminer le statut, la nature et la propriété d'un bien en amont de la passation d'un contrat public⁵⁷⁰. À cette fin, 12 autorités contractantes sur 14 (soit 85,71 %) indiquent mobiliser leur propre service juridique, 7 sur 14 (soit 50 %) leur service achat, ou leur service immobilier pour 4 sur 14 (soit 28,57 %). Plus exceptionnellement, des répondants ont spécifié faire participer à cette identification leurs services opérationnels pour une autorité contractante (soit 7,14 %), leur direction générale pour une autre (soit 7,14 %) ou encore, pour une dernière, leur division financière pour les immobilisations (soit 7,14 %). L'intervention d'un conseil extérieur apparaît à la marge. Seules 5 autorités contractantes sur

⁵⁷⁰ La question du formulaire sur les services ou professions impliqués dans l'identification du statut des biens, leur nature ou leur propriété, dans les contrats publics, était réservée aux autorités contractantes.

14 (soit 35,71 %) font appel à l'expertise d'un avocat, 4 sur 14 (soit 28,57 %) d'un notaire. Ainsi, du côté des autorités contractantes, il ressort, majoritairement, une coopération des services internes pour identifier le statut, la nature et la propriété d'un bien, éventuellement assistés d'un cabinet d'avocats et/ou d'une étude notariale. Pour autant, 12 autorités contractantes sur 14 (soit 85,71 %)⁵⁷¹ éprouvent des difficultés à appréhender certains biens immobiliers. Selon 2 d'entre elles, ces biens peuvent, en raison de leurs spécificités, faire l'objet d'interrogations quant à leur propriété ou leur rattachement au domaine public ou le lien entre l'activité exercée et l'exploitation d'un service public. Tels sont les cas, selon elle, des auberges, des hôtels et des restaurants ainsi que des sièges sociaux à usage mixte d'une société.

Multipropriété. Les problèmes d'identification sont souvent également causés par problèmes de multipropriété, voire d'enchevêtrement de propriétés⁵⁷². Un expert affirme en ce sens que les personnes publiques ne savent pas très toujours identifier leurs biens, en raison notamment de l'intercommunalité notamment et aussi d'une pratique ancienne consistant à l'utilisation commune d'un bien. Pour y remédier, il conseille notamment de recourir à des « *actes recognitifs* » ou à « *des transferts de propriété avec des valeurs qui sont nulles ou pas très importantes* ». Ces solutions ne sont pas toujours évidentes à mettre en œuvre.

Ensembles complexes. En outre, dans le cas de certains ensembles immobiliers complexes, la question de la propriété survient, en particulier pour les contrats anciens de délégations de service public ou de concessions de services. Plusieurs cas ont été rapportés par des avocats et des experts où des empiètements sur le domaine public de la personne publique ont été constatés dans le cadre de l'exécution de ces contrats. En somme, les opérateurs économiques « *s'approprièrent les lieux* ». La solution proposée par deux avocats est de diviser le bien en volume, d'individualiser les volumes et, éventuellement, d'allotir les contrats futurs. La division en volume permet également de contenir topographiquement le régime protecteur du domaine public en prévoyant, par exemple au-dessus de certains parcs de stationnement communaux, des volumes relevant du domaine privé pour y installer des commerces.

Succession d'occupants. Enfin, une autorité contractante et un avocat évoquent les difficultés qu'emportent la succession d'occupants ou la poursuite avec le même occupant dans le cadre de convention d'occupation du domaine public vis-à-vis du sort des biens apportés par l'occupant initial. La solution privilégiée est d'éviter que la personne publique acquière la

⁵⁷¹ Une autorité contractante n'a pas répondu à la question, une autre n'observe aucune difficulté particulière.

⁵⁷² Un avocat du panel des sondages remarque ceci pour la détermination des limites de propriété privée avec la voie publique : « *Les revendications de propriété privée affectent la délimitation du domaine public* ».

propriété afin que les coûts d'entretien, de maintenance, de réparation et de remplacement soient à la charge de l'occupant. Un avocat nous précise que les biens peuvent être rachetés par l'occupant entrant à l'occupant sortant afin de décaler le moment où le bien intègrera le domaine de la personne publique⁵⁷³.

Confirmation par les sondages. Les difficultés sont partagées par les participants à l'enquête quantitative. Ceux-ci relèvent, à hauteur de 25 répondants sur 30 (soit 83,33 %⁵⁷⁴)⁵⁷⁵, que le statut et la typologie d'un bien sont effectivement déterminants dans les contrats publics, en particulier pour la constitution de droits réels, ou bien pour déterminer si un appel à manifestation d'intérêt est nécessaire pour conclure une subdélégation ou une sous-location dans le cadre d'un contrat de concession. En tout état de cause, une autorité contractante sondée insiste sur le caractère fondamental du régime des biens dans les concessions de service public et la prépondérance des enjeux liés au foncier.

B. Les biens mobiliers

Identification des biens mobiliers. La question de la propriété d'un bien mobilier n'a pas suscité de réaction particulière de la part du panel de l'enquête qualitative, à l'exception de la propriété intellectuelle de certains biens incorporels et de l'application de la théorie des biens de retour (voir *infra*). Les échanges se sont principalement orientés sur la nature et le statut d'un bien mobilier.

Un seul interviewé a, cependant, évoqué la propriété d'un bien mobilier. En effet, une autorité contractante partage la complexité de déterminer la propriété d'un tel bien lorsque plusieurs personnes publiques revendiquent cette propriété. Prenant l'exemple de la dissolution d'une régie de transport, cet enquêté estime qu'il y aurait dû avoir une répartition de l'actif au prorata entre les diverses collectivités ayant compétence en matière de transport (une compétence, en l'espèce, éclatée entre la région et plusieurs EPCI). En réalité, la résolution est plus politique et financière que juridique.

⁵⁷³ Cette position est confortée par la décision (d'espèce, cependant) du Conseil d'État du 13 novembre 2013, *Epis Centre Nord* (n° 351530).

⁵⁷⁴ Soit : 6 avocats sur 7, 2 notaires sur 2, 12 autorités contractantes sur 14 et 5 opérateurs économiques sur 7.

⁵⁷⁵ Une autorité contractante n'a pas répondu à la question, une autre considère (avec un opérateur économique) que le statut et la typologie n'exercent aucune influence sur le contrat. Une entreprise privée estime, quant à elle, que le statut n'influence nullement les contrats en raison des régimes jurisprudentiels et légaux des biens.

S'agissant de la nature et du statut du bien, si 2 experts et 2 avocats regrettent l'absence de définition générale du domaine public mobilier⁵⁷⁶, la détermination d'un bien meuble corporel n'emporte pas de problèmes spécifiques pour une majorité des interviewés⁵⁷⁷.

La détermination de la nature d'un bien incorporel ne semble pas, non plus, poser de difficultés particulières pour un opérateur économique. Un avocat mentionne le cas des contrats de *namings* où la question de la domanialité du nom de l'ouvrage se pose dès lors que le nom est un élément distinctif du bien immobilier : « *le naming va de pair avec le bâtiment* ».

Données informatiques. En ce qui concerne les données informatiques, la pratique se focalise principalement sur l'identification du responsable de traitement des données, sur l'identification du sous-traitant au sens du RGPD et sur la protection des données personnelles. L'attention est également portée à la localisation des serveurs informatiques et sur les éventuels transferts vers des pays tiers, avec une vérification de la légalité d'un tel transfert⁵⁷⁸. Pour un opérateur économique, les difficultés sont plutôt opérationnelles dans la mise en œuvre de la protection des données personnelles. Pour autant, un opérateur économique et un expert questionnent la qualification de biens aux données informatiques. En ce sens, un expert souligne :

« Le Conseil d'État fait montre, dans Commune de Nîmes, d'une créativité déconcertante en qualifiant de bien ce qui est plus vraisemblablement un droit. La décision se comprend par son contexte où l'opérateur économique entendait supprimer toutes les données en cas de non-renouvellement du contrat. Il fallait donc protéger l'ensemble des données informatiques récoltées dans le cadre de l'exécution du contrat. »

Confirmation par les sondages. Toutes ces difficultés sont partagées par une forte majorité du panel de l'enquête quantitative⁵⁷⁹. En effet, les biens mobiliers ne sont pas exempts de critiques auprès des praticiens sondés. Certes, aucune autorité contractante n'a identifié dans

⁵⁷⁶ L'article 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques prévoit une liste non exhaustive de biens mobiliers présentant un intérêt public culturel.

⁵⁷⁷ Elle intervient généralement dans le cadre de l'application de la théorie des biens de retour.

⁵⁷⁸ Pour plus de développement sur les données informatiques et le RGPD, voir le précédent rapport de la Chaire : F. Lichère (dir.), *Digitalisation de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, décembre 2023.

⁵⁷⁹ Au total, 28 sondés sur 30 (soit 93,33 %) éprouvent des difficultés à appréhender certains biens dans leurs contrats. Parmi eux, 5 opérateurs économiques indiquent explicitement que les difficultés concernent principalement les biens incorporels, en particulier les données. Ils confirment le constat dressé précédemment par les autorités contractantes.

ses contrats publics des biens mobiliers relevant du régime de la domanialité publique mobilière, en dehors du domaine public culturel de l'article L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Pourtant 3 avocats, un notaire et un opérateur économique se distinguent sur cette question. Ce dernier illustre d'ailleurs son propos avec les équipements de laboratoire s'agissant de leur appartenance au domaine public et de la pertinence pour certains équipements de laboratoire de relever de ce régime. Un des avocats sondés partage des difficultés pour les biens mobiliers en dehors de la liste du Code général de la propriété des personnes publiques, car il faut déterminer s'ils présentent un « *intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique* » et ne peuvent alors être déclassés.

C. Le cas particulier de la propriété intellectuelle

Enquête qualitative. La propriété des biens incorporels peut amener à des discussions entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques. En ce sens, une entreprise indique conserver la propriété des connaissances antérieures et accepter de les céder à titre non exclusif à ses clients publics, même s'ils ont tendance à vouloir l'exclusivité par manque de maîtrise du droit de la propriété intellectuelle. Dans son entretien, elle explique :

« Le maître d'ouvrage considère qu'il a les droits de propriété parce qu'il paie. Par exemple, dans le cadre de la construction d'un ouvrage, il faut être conscient qu'une variante proposée par une entreprise constitue une dépense importante en argent et en recherche. Ultérieurement, pour un objet similaire, le maître d'ouvrage va lancer une nouvelle consultation en reprenant certains résultats du titulaire précédent. Le maître d'ouvrage pense avoir la propriété intellectuelle pleine et entière puisqu'il a payé le marché précédent. Or, il y a une question sérieuse de contrefaçon qui se pose.

Les acheteurs veulent avoir les droits de propriété intellectuelle en pensant sécuriser leur propriété à l'avenir. En réalité, ce n'est pas nécessaire : qu'est-ce qu'ils vont faire de cette propriété pleine et entière ? »

Un avocat confirme cette approche en soulignant qu'il suffit, pour une autorité contractante, d'avoir la cession des droits d'usage de la propriété intellectuelle ou d'un brevet, et non la propriété en elle-même ou le brevet en lui-même. Dans le même sens, en matière d'équipements publics, 2 opérateurs économiques reprochent à certaines autorités contractantes de réclamer la propriété du design des équipements fournis. Selon l'un d'eux, les collectivités territoriales ne souhaitent pas être contrariées par le titulaire des droits dans le futur au cas où elles souhaitent apporter des modifications au bien. Lorsque la durée du contrat est inférieure à la durée des droits de propriété intellectuelle, les collectivités font généralement savoir aux opérateurs économiques leur volonté d'être protégées, alors même que la disposition de ces droits n'est pas indispensable. Des avenants ou contrats annexes sont alors conclus dans lesquels le titulaire s'engage à ne pas poursuivre la collectivité en cas d'utilisation du mobilier et de son image durant la durée contractuelle.

Une pratique courante consiste à inviter les opérateurs économiques à énoncer leurs connaissances antérieures pour en conserver la propriété. En effet, comme le relève l'un d'eux, le risque, en l'absence de déclaration, est qu'une connaissance antérieure soit considérée comme un résultat et donc revienne à l'autorité contractante. Cependant, un opérateur économique admet que les entreprises rencontrent des difficultés à lister de manière exhaustive ces connaissances. Un formulaire de déclaration du candidat (DC) mis à disposition par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances serait bienvenu dans le cadre de la passation des marchés publics et des contrats de concession.

De l'aveu même des interviewés, la propriété intellectuelle est généralement peu maîtrisée par les juristes en contrats publics, tant du côté des opérateurs économiques⁵⁸⁰ que des autorités contractantes et des avocats⁵⁸¹.

Une autorité contractante a ainsi reconnu qu'elle ne disposait pas en interne de personnel qualifié en matière de propriété intellectuelle. On retrouve le même son de cloche chez une autorité contractante qui confesse ne pas être suffisamment formée à la propriété intellectuelle, mais qui dispose néanmoins d'une spécialiste se faisant par moment assistée d'une équipe d'avocats. Abondant dans ce sens, les opérateurs économiques estiment que les autorités contractantes sont très mal « armées » en matière de propriété intellectuelle.

⁵⁸⁰ Une entreprise a d'ailleurs félicité les services d'un EPCI qui a recruté une juriste spécialisée en propriété intellectuelle. Ceci a l'avantage de faciliter les discussions avec le secteur privé.

⁵⁸¹ Ceux-ci précisent consulter des confrères et des consœurs spécialisés en propriété intellectuelle lorsque des questions sur ce point apparaissent dans leurs dossiers.

Les contre-exemples de collectivités disposant en leur sein de personnel technique outillé sont rares. Ils reprochent aux collectivités d'utiliser des « copier-coller » de clauses qui s'appliquent difficilement à tous les cas de figure. Les opérateurs n'hésitent donc pas à proposer des amendements dans leur offre finale qui sont généralement acceptés par l'autorité contractante. L'argument de l'égalité d'accès des « petits candidats » à la commande publique est imparable, car tous les candidats ne disposent pas de droits sur leurs logiciels, a fortiori du droit de les transférer ou les céder. Or, les autorités contractantes sont nombreuses à vouloir être « *propriétaires de tout* » :

« Les autorités contractantes demandent la propriété des logiciels, mais les logiciels fonctionnent grâce à des éléments sur lesquels nous n'avons pas la propriété. Lorsque la collectivité insiste à la fin du contrat pour obtenir un minimum de droit, on lui donne une version dégradée du logiciel, avec moins d'options, après avoir négocié avec l'éditeur. »

Elles n'ont d'ailleurs pas l'habitude de recourir aux clauses prévues par les CCAG. Les clauses sont faites avec l'aide de conseils qui s'inspirent du droit. À ce titre, certains enquêtés ont un avis assez critique sur les CCAG en raison du caractère standardisé des clauses relatives à la propriété intellectuelle alors qu'il conviendrait de privilégier le sur-mesure, ou du moins d'éviter la standardisation qui n'est pas judicieuse selon les projets.

Quoiqu'il en soit, selon un expert, le faible intérêt porté aux biens meubles se comprend au regard de leur faible impact économique pour la majorité d'entre eux :

« En réalité, sur les biens mobiliers, l'enjeu économique est faible. Ils sont amortis rapidement, et ils ne coûtent rien. Ceci n'est pas toujours le cas, et dans certaines situations, l'impact économique est réel tant pour les biens corporels que pour les biens incorporels. Par exemple, pour les salles de sport, les appareils de sport coûtent chers. Dans ce cas-là, il est normal de se poser la question. Mais pour de simples ordinateurs, par exemple, c'est différent. Les gens se contentent de l'incertitude, car il n'y a pas d'enjeu.

Il y a un problème avec la définition du Code général de la propriété des personnes publiques qui ne vise qu'à protéger le domaine culturel. En fait, le regard s'est toujours focalisé sur l'ordinateur et comme nous

n'avons pas su le qualifier, la loi a ajouté le « notamment » à l'article L. 2112-1 du code. Même si la jurisprudence va plus loin, il est rare en pratique de voir des demandes sur ce point. Il y a juste un décalage entre la loi, la jurisprudence et la pratique. »

Enquête quantitative. Majoritairement, les sondés (16 sur 24, soit 66,67 %⁵⁸²) sont confrontés à des difficultés juridiques et opérationnelles en matière de propriété intellectuelle. La complexité de la matière est relevée par un avocat et un opérateur économique. Ce dernier insiste sur les implications pratiques de cette complexité :

« Juridiquement, il faut classer dans différentes catégories ce qui sera réalisé au cours de contrat et les connaissances antérieures. C'est un véritable sujet (avec, en quelque sorte, un contrat dans le contrat) et il n'est pas suffisamment bien traité par faute de temps et de compréhension. Dès lors, le sujet est traité uniquement après coup, en cas de litige. Ceci est donc difficile à gérer puisque la propriété intellectuelle n'est pas bien traitée à l'origine dans le contrat, non plus lors de la négociation quand elle a lieu. »

Selon une commune, les problèmes s'observent particulièrement dans les logiciels de vente, dans les *data* et le droit de propriété intellectuelle sur des plateformes multiservices. Pour une autre collectivité territoriale, l'imprécision de la notion d'œuvre collective ne participe pas à la compréhension du droit de la propriété intellectuelle par les services opérationnels. Dans le même sens, un établissement public insiste sur les difficultés rencontrées dans l'identification de la propriété intellectuelle et dans la réutilisation des résultats, par exemple, pour la conception de prototypes. Une dernière autorité contractante remarque que, dans les marchés informatiques, ce sont les situations d'exclusivité, les évolutions des solutions déployées et leur maintenance (qui ne peut pas être confiée à un autre opérateur) qui posent des difficultés. Ce constat est partagé par un opérateur économique non seulement pour les logiciels que pour les données récoltées ou créées par le concepteur :

« Les biens immobiliers vendus reposent dans notre secteur sur une technologie propre développée par un industriel. Ce dernier ne souhaite pas vendre la propriété intellectuelle associée éventuellement

⁵⁸² Soit : 5 avocats sur 6, 7 autorités contractantes sur 11 et 4 opérateurs économiques sur 7. Aucun notaire n'a répondu à la question.

au bien. Il en va de même pour l'exploitation de la donnée issue des biens vendus au pouvoir adjudicateur : cette question est importante pour l'industriel afin de poursuivre ses efforts de recherche et de développement ou encore d'amélioration des biens. »

Constats. Les enquêtes qualitative et quantitative permettent d'éclairer les difficultés que rencontrent les praticiens dans l'identification de la nature et de la propriété d'un bien. Si la nature de biens incorporels pour les données informatiques est discutée par une minorité d'enquêtés, il demeure que la question de l'identification de la nature d'un bien (bien immeuble, meuble, corporel ou incorporel) n'est pas, en pratique, une véritable préoccupation des enquêtés.

Toutefois, il en va autrement de l'identification de la propriété d'un bien, en particulier en cas de revendication conjointe de personnes publiques sur un même bien immobilier, ou dans le cas d'un empiètement d'un concessionnaire sur le domaine public de l'autorité contractante (ou d'une autre entité publique), ainsi que dans le cas de la succession d'occupants du domaine public lorsque la personne publique ne souhaite pas acquérir la propriété de biens construits ou apportés par l'occupant.

L'identification de la propriété intellectuelle peut également soulever des difficultés, en particulier pour les biens incorporels. Certains témoignages relatent une tendance des autorités contractantes à vouloir la pleine et entière propriété intellectuelle sans en avoir véritablement besoin, la cession des droits d'usage étant suffisante dans la majorité des cas. Par ailleurs, le manque de maîtrise du droit de la propriété intellectuelle par les juristes et avocats en droit public est régulièrement signifié. Une coopération active avec des spécialistes dans le domaine est perçue comme indispensable pour sécuriser les contrats publics.

En effet, et de manière générale, la contractualisation du statut et de la propriété apparaît comme une solution utile et pertinente pour dépasser ces difficultés. Encore faut-il qu'elle soit effectuée intelligemment au regard du projet porté par le contrat public.

§II. L'utilité de la contractualisation du statut des biens

Satisfaction générale. Majoritairement, les participants à l'enquête qualitative et à l'enquête quantitative reconnaissent être satisfaits de la contractualisation du statut des biens dans les contrats publics, en particulier pour les contrats récents de concession où il est devenu courant d'y annexer un inventaire des biens de retour et une déclaration des biens apportés par le concessionnaire.

La contractualisation du statut des biens est globalement perçue comme utile au financement des projets publics et à la prévisibilité du sort des biens en fin de contrat (A.). C'est pourquoi certains enquêtés se déclarent favorables à un renforcement de la commune intention des parties pour apprécier ce statut (B.).

A. Le renforcement du financement des projets et de la prévisibilité du sort des biens

Entretiens et sondages. Si les entretiens ont permis de relever l'importance financière de la contractualisation du statut des biens publics, les sondages, quant à eux, ont insisté sur la sécurité qu'emporte cette pratique dans le cadre de l'exécution contractuelle.

Financement. Dans le cadre des entretiens, un avocat explique que la contractualisation du statut des biens est importante pour les prêteurs et les investisseurs. En effet, les clauses leur permettent de déterminer le risque financier d'un projet public à financer. En réalité, ce sont principalement les clauses relatives à l'indemnisation à la suite d'une fin anticipée du contrat qui intéresse les prêteurs et les investisseurs. En ce sens, l'interviewé explique :

« Les positions attendues par les marchés bancaires, en matière de clause, sont surtout les clauses de fin anticipée ou d'exercice de modification unilatérale de la personne publique. Que la personne publique ait de la sympathie ou non, elle est obligée, même en cas de déchéance, de servir une indemnité minimale. Cette indemnité, en général, ne doit pas dépasser la valeur nette comptable du bien. Il faut qu'il y ait au moins 80 à 85% du montant de la dette qui reste à

rembourser. La personne publique indemnise alors le titulaire pour lui permettre de rembourser une grande partie de la dette contractée. Ceci ne concerne que la dette, pas les fonds propres. Si l'entreprise a utilisé des fonds propres pour l'investissement, c'est perdu. »

Souvent, souligne une autorité contractante, la contractualisation ne concerne pas le statut du bien lui-même, mais son affectation et c'est cela qui va déterminer son régime.

Relativité de l'utilité. L'utilité de la contractualisation sur la nature ou la propriété des biens dans les contrats publics est relativisée par un avocat qui constate des limites en raison d'un phénomène de standardisation et de « copier-coller » des clauses types dans les documents contractuels. Ceci est notamment problématique dans le cadre de la propriété intellectuelle, comme le souligne cet avocat :

« Sur les clauses de propriété intellectuelle, il faut plus de vigilance, car tout dépend du contrat et du projet. D'ailleurs, pour les marchés ou les concessions dans des domaines culturels par exemple, il y a rarement de remarques sur la propriété intellectuelle, car ceci s'avère complexe pour les clients. Déjà, la définition sur ce qu'est le résultat ou non les freine. Tout le monde signe ces clauses sans vraiment savoir ce qu'ils signent. Lorsqu'il y a un différend entre les parties, on se rend compte que ceci ne convient pas à la commune intention des parties. Les clients ignorent souvent qu'il y a une répartition de propriété intellectuelle dans les contrats publics. Parfois, il faut conclure des protocoles transactionnels pour permettre à la collectivité territoriale de récupérer la propriété d'un projet, en particulier les logos et noms. »

L'interviewé poursuit avec les difficultés que pose le CCAG-Travaux en matière de mise à disposition ou de réception partielle, car les garanties de provisionnement ne sont pas suffisamment prises en considération. Cet avocat privilégie alors des clauses sur-mesure sans référence aux CCAG au profit d'une ingénierie contractuelle permettant une appréhension optimale des biens tout au long de la vie du contrat. Cette critique est suivie par une autorité contractante, en particulier sur la distinction entre la réception sous réserve et avec réserve prévue au CCAG-Travaux. Elle considère que, si la réception sous réserve d'essais est bel et bien une réception sous réserve, la réception sous réserve des travaux inexécutés est une réception avec réserve. Face à ces défauts des CCAG relevés par les praticiens, deux autorités

contractantes expliquent déroger très régulièrement aux CCAG en matière de biens⁵⁸³. Une d'entre elles a même prévu une procédure de réception d'urgence au besoin, dans ses documents contractuels. Au-delà, un avocat témoigne de sa perplexité quant à la pertinence de certaines clauses des CCAG :

« Les CCAG ont des dispositions très dures pour les entreprises (comme sur la garde des chantiers, y compris en cas d'ajournement), et parfois peu protectrices des maîtres d'ouvrage (en matière de garantie ou de mise à disposition). Les limites se constatent surtout en cas d'opérations phasées et sur l'utilisation d'une partie du bien avant la réception de l'ouvrage. »

Plus encore, un opérateur économique regrette que la révision des CCAG en 2021 n'ait pas donné naissance à des CCAG pour les marchés globaux. Il n'y a pas d'individualisation des pénalités ou des indemnités dans les CCAG des marchés classiques. Les assemblages des différents CCAG existants ne suffisent pas à élaborer un CCAG pertinent et fiable pour des marchés de conception-réalisation ou des marchés globaux de performance.

Regard des sondés. Face aux critiques portées par certains interviewés, les formulaires du sondage en ligne interrogeait les participants sur leur satisfaction de la contractualisation du statut des biens en fonction de la nature du contrat public, tant par les CCAG (pour les marchés publics) que par les autres documents contractuels.

Marchés publics. S'agissant de la satisfaction des sondés du traitement par les CCAG du statut des biens, les avis sont mitigés. Si 5 répondants sur 13 (soit 38,46 %⁵⁸⁴) estiment les CCAG satisfaisants, 8 autres (soit 61,54 %⁵⁸⁵) ont un regard plus critique à leur encontre. En ce sens, une autorité contractante regrette que le CCAG-Travaux demeure silencieux sur la question du statut d'un bien, se limitant à sa réalisation. Pour une deuxième autorité, le CCAG des marchés publics de maîtrise d'œuvre (CCAG-MOE) et le CCAG des marchés publics de techniques de l'information et de la communication (CCAG-TIC) attirent l'attention. Pour pallier certaines imprécisions du CCAG-MOE, elle conseille d'intégrer une clause au cahier des clauses administratives particulières MOE pour mieux définir la propriété intellectuelle. Quant

⁵⁸³ Une autre autorité contractante, cependant, admet ne le faire que rarement. Un expert quant à lui évalue positivement les CCAG, mais reconnaît que les grands donneurs d'ordres y dérogent en raison de la spécificité de leurs contrats.

⁵⁸⁴ Soit : 2 avocats sur 5 et 3 autorités contractantes sur 6.

⁵⁸⁵ Soit : 3 avocats sur 5, 1 notaire sur 1, 3 autorités contractantes sur 6 et 1 opérateur économique sur 1.

au CCAG-TIC, ce sondé souligne la complexité des notions de connaissances antérieures et de connaissances antérieures standard⁵⁸⁶ pour l'utilisation des résultats. Elle conclut que « *si cela est complexe pour nous, acheteurs, a fortiori pour les services prescripteurs et les petites ou moyennes entreprises* ».

Propriété intellectuelle et CCAG. Enfin, 2 avocats et 5 autorités contractantes sondés partagent leur insatisfaction du traitement de la propriété intellectuelle par les CCAG, en particulier en raison de l'imprécision et de la complexité de certaines notions (par exemple : les connaissances antérieures et les connaissances antérieures standard). Les clauses sont dans le même temps trop standardisées et, avec le système d'options à choisir, l'ensemble est considéré comme trop rigide. C'est pourquoi un de ces répondants conseille de combler les failles des CCAG dans des stipulations du CCAP.

Hors CCAG. Au-delà des CCAG, 10 participants sur 14 ayant répondu à la question du sondage (soit 71,43 %⁵⁸⁷) confient leur insatisfaction du traitement général du statut des biens par les autres documents contractuels des marchés publics classiques. Ceux-ci manquent souvent de précision⁵⁸⁸, notamment quant à la propriété du bien, voire ne traitent pas de la question.

Conventions d'occupation. Un constat similaire se retrouve au sein des documents contractuels des occupations domaniales où 11 répondants sur 18 (soit 61,11 %⁵⁸⁹) témoignent de leur insatisfaction quant au traitement contractuel du statut des biens. Certes, à suivre une autorité contractante, les stipulations sont suffisamment détaillées pour permettre au cocontractant de comprendre les contraintes pesant sur l'exploitation du bien. Seulement, cette opinion n'est pas partagée par la majorité du panel d'enquête. Effectivement, dans une position diamétralement opposée, une autre personne publique suggère « *un alignement des règles de classification des biens avec les contrats de concession pour, notamment, régler les conditions d'indemnisation des biens financés par l'occupant, non amortis en fin de contrat, que la personne publique souhaite conserver* ». À ce titre, à l'image des contrats de concession, « *ce montant pourrait constituer un droit d'entrée au renouvellement des contrats* ».

⁵⁸⁶ CCAG-TIC, art. 44 et 45.

⁵⁸⁷ Soit : 4 avocats sur 5, 1 notaire sur 1, 3 autorités contractantes sur 5 et 2 opérateurs économiques sur 3.

⁵⁸⁸ Un opérateur économique observe régulièrement des confusions entre la propriété et la charge de la garde dans les documents contractuels.

⁵⁸⁹ Soit : 3 avocats sur 5, 2 notaires sur 2, 4 opérateurs économiques sur 9 et 2 opérateurs économiques sur 2.

Marchés de partenariat et concessions. À l'inverse des marchés publics et des occupations domaniales, la position des sondés est ici plus lisible. Majoritairement (10 sur 18, soit 55,56 %⁵⁹⁰), les sondés partagent leur satisfaction du traitement du statut des biens par les documents contractuels des marchés de partenariat ou des concessions⁵⁹¹. Cette conclusion se comprend par l'expérience acquise à mesure du développement des contrats de partenariat public-privé, des marchés de partenariat et des contrats de concession, ainsi que la multiplication de documents types et de guides par divers organismes, tels que la MAPPP (la mission d'appui à la réalisation des partenariats publics-privés), la MAINH (la mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier), Fin Infra (la mission d'appui au financement des infrastructures) ou l'Institut de la Gestion Déléguée. En outre, l'objectivité de l'appartenance d'un bien au domaine public facilite l'exercice, selon un avocat, notamment au regard de la décision *Commune de Douai*⁵⁹² et des dispositions du Code de la commande publique et du Code général de la propriété des personnes publiques. Pour autant, si le cadre juridique permettait de concevoir des clauses suffisamment claires quant au régime des biens dans ces documents contractuels, l'avocat ajoute que « *la ventilation entre les différentes catégories de biens au sein du contrat peut parfois s'avérer erronée* ». Un de ses confrères évoque, en ce sens, « *le nombre important de contentieux liés à l'inventaire de sortie et à la nature des biens dans les concessions* », attestant d'un manque de clarté des stipulations contractuelles. Enfin, une autorité contractante relève un cas peu abordé par les documents contractuels, celui des « *biens multi-affectés* ».

Clauses types. Une différence intéressante apparaît à la lecture des résultats du sondage quant à la conception de clauses types sur la nature ou la propriété d'un bien entre, d'une part, les marchés de partenariat et les concessions, et, d'autre part, les conventions d'occupation temporaire. En effet, 10 sondés sur 15 (soit 66,67 %⁵⁹³) en utilisent pour les

⁵⁹⁰ Précisément : 3 avocats sur 6, 5 autorités contractantes sur 6, 2 opérateurs économiques sur 5. Un notaire a répondu à la question par la négative.

⁵⁹¹ Une seule autorité concédante se distingue. Elle observe, de son côté, « *une véritable carence [de la contractualisation du statut des biens dans les contrats de concession] à laquelle il faudrait remédier pour faciliter l'exécution du contrat* ». Par ailleurs, un opérateur économique relativise la qualité de la contractualisation du statut des biens dans les contrats de concession et les marchés de partenariat. Il explique que cela dépend des biens, notamment pour les autoroutes, les réseaux et parfois les compteurs. Ceux-ci sont une bonne illustration, selon lui, des « *hiatus* » que la pratique rencontre.

⁵⁹² CE, Ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.

⁵⁹³ Précisément : 3 avocats sur 5, 4 autorités contractantes sur 5 et 3 opérateurs économiques sur 5. Aucun notaire n'a répondu à la question.

marchés de partenariat et les contrats de concession, contre 7 sur 14 (soit 50 %⁵⁹⁴) pour les occupations domaniales. Une telle différence ne saurait uniquement se comprendre par une participation plus faible des sondés à la sous-thématique des marchés de partenariat et des concessions, mais plutôt à l'expérience des organismes interrogés au regard des contrats rencontrés (voir *supra*). Les autorités contractantes traitant des contrats de concession ou des marchés de partenariat connaissent également des conventions d'occupation temporaire (à l'exception de deux qui n'ont pas répondu à la question). En revanche, sur les 17 personnes publiques passant des conventions d'occupation domaniale, 7 ne recourent pas aux concessions (soit 41,18 %). Dès lors, en recoupant les données, il est possible de supposer que les autorités contractantes habituées aux contrats de concessions ou aux marchés de partenariat sont plus susceptibles d'avoir des clauses types pour les occupations domaniales (les clauses types pouvant être plus courantes pour les premiers contrats, notamment eu égard à la théorie des biens de retour pour les concessions). À titre d'illustration, un organisme public explique, pour les trois catégories de contrats, que ses clauses-types « *précisent que le bien appartient au domaine public (d'autant plus s'il y a un doute sur son statut) afin d'expliquer à au cocontractant (concessionnaire ou occupant) les conséquences sur l'exécution du contrat* ».

Biens incorporels. Cependant, les propos recueillis lors des entretiens insistent sur les difficultés majeures de la contractualisation dans le cadre des biens incorporels comme les licences de logiciels. La propriété est souvent celle d'une entreprise tierce. Comme le précise une autorité contractante, il n'est pas concevable d'inscrire dans des marchés ou des contrats de concessions des clauses de transfert de propriété de cette licence à la personne publique. Pourtant, ceci s'observe dans de nombreux documents contractuels. Ce qu'il faut privilégier est un droit d'utilisation pour une durée déterminée ou une version allégée de la licence accordée par l'entreprise tierce à travers le cocontractant de la personne publique.

Constat. Il demeure, en tout état de cause, que les professionnels semblent plutôt favorables à la contractualisation du statut des biens. Ils s'avèrent conscients des difficultés de cette pratique et tentent d'y apporter des solutions opérationnelles.

⁵⁹⁴ Soit : 1 avocat sur 3, 1 notaire sur 1 et 4 autorités contractantes sur 8. Les 2 opérateurs économiques ayant répondu à la question ne constatent pas de clauses types pour gérer la question de la nature ou de la propriété des biens dans les conventions d'occupation domaniale auxquelles ils sont partis.

B. La prise en compte de la commune intention des parties

Proposition d'un interviewé. Toute la question de la contractualisation du statut des biens réside dans la prise en considération, par le juge, de la commune intention des parties pour déroger au régime de certains biens. Un avocat interviewé y est favorable, car, selon lui, « *à partir du moment où conventionnellement on reconnaît la nature ou la propriété d'un bien, il est pertinent, sauf erreur manifeste, de respecter cette commune intention des parties* ». Le participant précise qu'il ne s'agit pas de contourner le régime des biens des personnes publiques, mais « *de traduire de manière pratique l'interprétation que les parties retiennent* ». En tout état de cause, ceci peut être délicat au regard de la théorie des biens de retour qui, elle aussi, engendre des difficultés pratiques que les participants n'ont pas manqué de relever dans leur majorité⁵⁹⁵.

Approbation par les sondés. Majoritairement, les sondés sont favorables à privilégier la commune intention des parties en cas de différends sur le statut des biens lors de l'exécution ou du terme d'un marché public (10 sur 15, soit 66,67 %⁵⁹⁶), d'un marché de partenariat ou d'une concession (10 sur 15, soit 66,67 %⁵⁹⁷). Toutefois, les avis sont plus nuancés s'agissant des conventions d'occupation temporaire (7 sur 15, soit 46,67 %⁵⁹⁸). À la lecture de ces résultats et de la qualité des répondants, une hypothèse peut être émise, celle d'une césure entre le secteur privé et le secteur public où ce dernier apparaît plus vigilant et moins enthousiaste à faire prévaloir la commune intention des parties pour éviter d'être dépossédé d'un bien qui s'avérerait nécessaire aux services dont elles ont la charge⁵⁹⁹. Dès lors, le juge doit, selon les autorités contractantes interrogées, apprécier les critères de la domanialité publique en dehors de toute considération de la volonté des parties, à l'image de l'identification des biens de retour dans les contrats de concession⁶⁰⁰.

Par ailleurs, un opérateur économique favorable à la prise en compte de la commune intention des parties admet que, dans les procédures ouvertes à la négociation, il puisse être

⁵⁹⁵ Seuls les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public peuvent faire l'objet d'une contractualisation.

⁵⁹⁶ Précisément : 6 avocats sur 7, 2 autorités contractantes sur 5 et 2 opérateurs économiques sur 3. Aucun notaire n'a répondu à la question.

⁵⁹⁷ Précisément : 5 avocats sur 7, 1 autorité contractante sur 3 et 4 opérateurs économiques sur 5. Un seul notaire s'est prononcé sur cette question, défavorablement.

⁵⁹⁸ Précisément : 3 avocats sur 5, 2 autorités contractantes sur 6 et 2 opérateurs économiques sur 2. Les deux notaires ont affiché leur désintérêt pour une telle proposition.

⁵⁹⁹ Les résultats pour les notaires (conseillant les personnes publiques) semblent confirmer cette hypothèse.

⁶⁰⁰ CE, Ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.

prévu des ateliers de négociation sur le statut des biens. Encore faut-il, selon l'entreprise, s'assurer de la conformité des stipulations contractuelles à la volonté des parties.

§III. Les difficultés liées à l'application de la théorie des biens de retour

Difficultés liées au triptyque. Dans le cadre de l'enquête qualitative, 2 opérateurs économiques, une autorité contractante, un avocat et un expert estiment la théorie des biens de retour suffisamment claire. Toutefois, la majorité des interviewés attestent de difficultés juridiques et opérationnelles liées au triptyque « *biens de retour* », « *biens de reprise* » et « *bien propre* »⁶⁰¹.

Les résultats des sondages⁶⁰² confirment une véritable discussion autour de la clarté juridique du triptyque « *bien de retour* », « *bien de reprise* » et « *bien propre* ». En effet, l'insuffisance de clarté ne ressort que d'une faible majorité (9 sondés sur 16, soit 56,25%⁶⁰³) marquée par une prépondérance de réponse des avocats. Les opérateurs économiques apparaissent, ici, comme plus modérés en soulignant une clarté théorique, mais une traduction pratique complexe⁶⁰⁴. De leur côté, les autorités contractantes estiment à l'unanimité le triptyque « *bien de retour* », « *bien de reprise* » et « *bien propre* » comme suffisamment clair juridiquement. L'une d'elles nuance tout de même son opinion en précisant qu'en pratique, le triptyque est clair, à condition de régulièrement mettre à jour l'inventaire et les classifications en phase d'exécution contractuelle, au risque que la clarté se perde dans le temps. En revanche, les avocats sondés indiquent presque unanimement un manque de clarté du triptyque (6 sur 7). Le seul avocat considérant la catégorisation entre « *bien de retour* », « *bien de reprise* » et

⁶⁰¹ Pour en savoir plus sur la distinction, voir les développements dans la première partie du rapport consacrée à l'état du droit et de la doctrine.

⁶⁰² Dans le cadre de l'enquête quantitative, seuls 7 avocats, un notaire, 4 autorités contractantes et 5 opérateurs économiques ont répondu aux questions exclusivement prévues pour les concessions et relatives à la théorie des biens de retour. S'agissant de l'extension de la théorie des biens de retour, les questions étaient ouvertes à tous les participants, quels que soient les contrats qu'ils rencontrent dans leur pratique. Pour ces questions, 8 autorités contractantes ont participé.

⁶⁰³ Précisément : 6 avocats sur 7 et 3 opérateurs économiques sur 5. Aucun notaire n'a répondu à cette question.

⁶⁰⁴ À ce propos, une entreprise relativise son avis en précisant que : « *C'est moins la clarté de la définition des catégories des biens de retour, de reprise ou propres, que des contrats qui restent muets ou privilègient les intérêts d'une seule partie qui sont en cause.* »

« *bien propre* » suffisamment claire précise que cela vaut uniquement lorsque ladite catégorisation est contractuellement prévue.

Pour autant, plusieurs difficultés sont relayées par les enquêtés, tant lors des entretiens que dans les réponses aux sondages. Celles-ci concernent :

- L'identification même des biens de retour et des biens propres, en particulier pour les biens incorporels (A.) ;
- La qualification de biens de retour de certains biens acquis avant le contrat, au regard de la jurisprudence *Vallée de l'Ubaye* (B.) ;
- La qualification de biens de retour des provisions pour renouvellement, à la suite de la décision *Société électricité de Tahiti* (C.) ;
- L'indemnisation des biens de retour et des biens de reprise (D.) ;
- L'extension de la théorie des biens de retour au-delà des concessions de service public (E.) ;
- Le sort des biens lors de la reprise en régie d'un service public (F.).

A. L'identification des biens de retour, des biens de reprises et des biens propres

Imprecision des notions. Des difficultés pratiques sont partagées par 17 interviewés pour appliquer la théorie des biens de retour, surtout dans les contrats anciens⁶⁰⁵, du fait du caractère nécessaire au service public qui est sujet à interprétation⁶⁰⁶. Les conséquences se font parfois sentir auprès des professionnels du droit moins familiers au droit public. Tel est le cas, selon un avocat, lors d'une liquidation judiciaire d'un concessionnaire : la méconnaissance des mandataires et administrateurs judiciaires du régime de droit public est regrettable. Certains pensent pouvoir valablement vendre aux enchères des biens mobiliers de la concession, comme des cuisinières, des chambres froides ou des équipements de transport. Deux avocats recommandent, à ce titre, de porter une attention particulière au contrat et de prévoir systématiquement un inventaire détaillé des biens de retour afin d'éviter tout différend au terme, anticipé ou non, de la concession.

⁶⁰⁵ Selon un avocat interviewé, « *ce n'est que dans les contrats récents qu'on a une gestion intelligente des biens dans les contrats* ».

⁶⁰⁶ Comme le souligne un opérateur économique, en cas d'affermage, la qualification du bien a des répercussions sur la charge du coût de remplacement ou de réparation d'un bien.

Une majorité de participants à l'enquête qualitative considère que le triptyque « *biens de retour* », « *biens de reprise* » et « *biens propres* » engendre des difficultés juridiques et opérationnelles dans leur identification même en raison de l'imprécision des notions⁶⁰⁷. Ce triptyque est même, pour un opérateur économique, « *au cœur des problèmes et devrait faire l'objet d'une fine analyse et d'une rédaction commune des parties pour éviter les discussions longues et coûteuses* », car « *la définition varie dans chaque contrat* », surtout que cette identification a des conséquences directes sur l'amortissement et la valeur nette comptable du bien. L'identification a également un enjeu financier, comme le rapporte un premier expert, afin de valoriser au mieux le patrimoine des entreprises et d'emprunter dans les meilleures conditions et aux meilleurs taux. Un avocat souligne en ce sens que, pour les prêteurs, la dette doit être remboursée et la décision *Commune de Douai* sécurise leur investissement. Il ajoute :

« Le statut des biens de retour n'inquiète pas les banques qui ont l'habitude de financer les projets publics. Elles savent amortir ces biens. À tout moment, l'amortissement de la dette reste inférieur à l'investissement des biens de retour : c'est comme cela qu'elles établissent le profil de la dette. Les banques ont une visibilité financière de leur risque avec les biens de retour. »

Lien avec la continuité du service public. Initialement, comme le rappelle un universitaire, la théorie des biens de retour préserve la continuité du service public en considérant que les biens assurant cette continuité appartiennent à la personne publique. Or, en assimilant la définition des biens de retour à la notion de nécessité pour le fonctionnement du service, le lien avec la continuité du service public a disparu, d'autant plus que cette théorie se retrouve dans tous les contrats de concession et non uniquement dans les délégations de service public. La terminologie même de « *bien de retour* » est impropre puisqu'il est considéré appartenir initialement à la personne publique. Il serait plus convaincant de dire, pour cet universitaire, qu'il s'agit de « *bien de retour en jouissance* ». D'ailleurs, il relève que « *si les personnes publiques sont considérées comme propriétaires ab initio des biens, c'est-à-dire que, sur le papier, elles doivent assurer le paiement des charges liées et de la taxe foncière, ce qui n'est pas toujours le cas dans certains contrats de concession* »⁶⁰⁸. Un autre expert insiste sur

⁶⁰⁷ Pour un expert, il s'agit plus d'une question de choix de gestion des biens que de problèmes juridiques.

⁶⁰⁸ Ce point n'a pas été, dans le cadre des entretiens, confirmé par les avocats, les opérateurs économiques ou les autorités contractantes du panel d'enquête.

le fait que « *cette théorie des biens de retour a été faite initialement pour les biens immobiliers, pas pour les biens meubles, et le juge fait entrer des biens qui ne devraient pas en être* ».

La qualification des biens de retour est, à ce propos, une véritable épreuve pour les biens meubles. Précisément, cette qualification est difficile à maintenir sur la durée totale du contrat, particulièrement en raison de l'évolution technologique et de la mutabilité du service public :

« Les minitels étaient un élément essentiel du service public pour informer les clients, pour pouvoir communiquer sur les tarifs ou l'affluence. Nous ne les avons pas maintenus en bon état pour les rendre à la fin de la concession, puisque la technologie est aujourd'hui obsolète. Est-ce que ce sont des biens de la concession ? Cet exemple est surtout là pour dire que la qualification des biens est une notion très évolutive dans le temps. Il y a certains biens qui ont pu être constitués par les revenus de la concession, mais qui, de fait, n'ont plus d'utilité au moment où on restitue les biens à l'État. »⁶⁰⁹

Par ailleurs, un opérateur économique estime que la notion de bien de reprise est plus complexe à appréhender que la notion de bien de retour, car il est parfois difficile d'anticiper la décision de l'autorité contractante. De même, la notion de bien propre a pu questionner deux experts, car elle se définit par la négative : ce qui n'est ni un bien de retour, ni un bien de reprise est un bien propre. Cette notion repose sur l'incertitude des deux autres et accroît l'insécurité juridique du triptyque.

À l'inverse, une autorité contractante estime que le triptyque est suffisamment clair et que les difficultés rencontrées en pratique résultent d'un support contractuel non optimal :

« Si votre contrat est bien construit, il n'y aura pas de difficultés lors de l'exécution contractuelle. Quelqu'un qui se plaint aujourd'hui de ne pas comprendre le triptyque bien de retour, bien de reprise et bien propre au niveau opérationnel, c'est surprenant. Alors, oui, sur le plan conceptuel, doctrinal, c'est un sujet passionnant, mais en pratique, il n'y a pas de véritable sujet. »

⁶⁰⁹ Cette position est partagée par un expert. Il poursuit en relativisant la portée d'un inventaire annexé au contrat : « *Même si nous écrivons des clauses détaillées et un inventaire, faire répertorier un inventaire comptable de sorties avec ce qui va être repris par l'entrant est très complexe. Ceux qui font l'annexe ne se rendent pas compte de la difficulté juridique de catégoriser une table, une cage de foot ou tout autre bien meuble.* »

Cette position est partagée par une deuxième autorité contractante⁶¹⁰. Elle ajoute que le caractère de nécessité est assez précis. Il s'agit de répondre à la question de savoir si le service fonctionne toujours indépendamment du bien. Sur ce point, un opérateur économique démontre la tendance de certains concédants à avoir une vision assez large du dysfonctionnement du service, en particulier dans le cas des biens incorporels (voir *infra*). Une troisième autorité contractante relativise également ces propos en fonction de deux situations :

- Dans le cas d'un renouvellement de contrat : les biens existent, donc des clauses peuvent être insérées plus facilement dans le contrat avec un inventaire et un suivi des biens de retour et des biens propres. Il y a un inventaire initial et des mises à jour annuelles ;
- Dans le cas de la création du service : la fourniture d'un inventaire est plus complexe en passation, voire impossible. L'inventaire sera effectué lors de la mise en service initial.

En tout état de cause, l'interviewé constate qu'en pratique le suivi est « *compliqué, pénible et il y a souvent de la perte en ligne* »⁶¹¹. Un avocat relève également qu'il y a de nombreux différends sur la détermination des biens de retour, en particulier au regard de la nécessité et de la volonté d'autorités concédantes d'élargir le champ des biens de retour, au moment de l'inventaire final⁶¹². À ce propos, dans le cadre des sondages en ligne, un avocat constate que la question de la qualification de biens de retour est courante face à une tendance de certaines autorités concédantes à regarder tous les biens comme nécessaires à l'exécution du service concédé⁶¹³.

Pour 2 enquêtés interviewés, certains concessionnaires ont tendance à vouloir accaparer des biens de retour ou des biens de reprise, notamment dans le cadre du matériel d'entretien

⁶¹⁰ Un expert s'inscrit également dans cette tendance. Il estime : « *Pour ma part, je n'ai aucun problème avec la théorie des biens de retour. Des notaires peuvent avoir l'impression d'une spoliation, mais il y a une indemnisation faite sur la durée du contrat. Si la durée n'est pas suffisamment longue, on peut exiger le paiement d'un surplus. D'ailleurs, ceci doit être pris en compte dès la conclusion du contrat. C'est problématique pour les situations anciennes, mais pas pour les récentes. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas convaincu sur ce point. La Cour a été saisie du droit de propriété, et elle est moins sensible aux questions économiques. Cela étant, il y a une porte ouverte : c'est peut-être un simple arrêt d'espèce. Il pourrait en être différemment si l'indemnisation n'avait pas pris en compte l'entièreté de l'amortissement.* »

⁶¹¹ Cette observation est confirmée par un expert et un avocat.

⁶¹² Un de ses confrères souligne également l'utilité de contractualiser les biens de retour de la manière la plus précise. Plus encore, il convient de préciser les exigences de bon entretien : « *Doit-on se placer uniquement à la date de la réception, ou doit-on se projeter dans les 5, 10, 15 ans ? Il faut le préciser dans les contrats pour éviter que le Conseil d'État ne se positionne. On doit surtout le faire pour des équipements où l'on peut fixer des critères. D'ailleurs, on peut faire expertiser la durée de vie de l'équipement (pont, crématorium, route, gradins d'un stade, etc.).* »

⁶¹³ L'intention des parties et les inventaires devraient, selon lui, davantage faire foi.

alors qu'ils participent au bon fonctionnement du service⁶¹⁴. Un opérateur économique concessionnaire conteste cette vision et estime qu'il faut « *tuer ce mythe selon lequel une entreprise entend repartir avec « les petites cuillères », car tout est initialement identifié dans le contrat et connu pour les biens avec une véritable importance patrimoniale* ». Pour lui, cette théorie n'est pas sans conséquence sur le développement du service délégué par le concessionnaire. En ce sens, il explique :

« La volonté d'essayer de s'approprier un maximum de biens est problématique et va inciter le concessionnaire à se limiter à ses obligations minimales. Si l'État accapare tout, cela n'incitera pas au développement. Ceci recoupe un peu la décision Vallée de l'Ubaye. Si vous apportez un bien et que vous devez le remettre systématiquement au concédant, sans espoir de le récupérer, vous serez évidemment plus réticent à conclure. »

Cas des biens incorporels. Le cas des biens incorporels est en ce sens instructif. Pour 3 enquêtés, la qualification de bien de retour d'un bien incorporel est difficile à concevoir au regard de sa nécessité pour le fonctionnement du service. L'un d'entre eux souligne :

« Il faut revenir sur l'utilité ou la nécessité du bien pour maintenir le service. Il faut être très prudent quand on s'aventure dans les domaines de l'immatériel, car il peut y avoir beaucoup de confusion, surtout avec une vision extensive du juge administratif sur la nature des biens.

À ce titre, il est difficile de répartir dans le triptyque « bien de retour, bien de reprise et bien propre » les biens immatériels. Le triptyque s'applique assez mal à cette catégorie de biens.

Sur les raisons des difficultés rencontrées par rapport aux biens immatériels, nous avons créé des systèmes pour faciliter l'exploitation du service. Ce n'est pas toujours facile de déterminer le caractère indispensable au service public de ces systèmes. Nous avons développé ces systèmes pour faciliter notre activité, non pas par nécessité du service. L'appréciation du concédant est évidemment différente. Ce sont souvent des biens que nous ne pouvons pas remettre comme cela

⁶¹⁴ À titre d'exemple, les tondeuses d'un terrain de golf.

en l'état, ne serait-ce pour des questions de licence. On aurait du mal à les qualifier de biens de retour.

Nous avons développé de nombreux logiciels et outils qui ont, aujourd'hui, remplacé le papier. Pour illustrer, c'est aujourd'hui un agent qui se rend sur un incident et qui va renseigner les informations dans une tablette grâce à un outil qui va alimenter une base commune permettant des interventions. Pour nous, ce sont des outils de perfectionnement et de renforcement de notre performance dans notre exploitation. Ce n'est pas évident de considérer que ces biens doivent être restitués alors que ce sont des biens qui peuvent être utilisés dans d'autres domaines d'activité. Ces difficultés concernent tant l'outil que toute la matière associée.

Quoiqu'il en soit, ce sujet est à la marge en termes de valeur financière. L'essentiel de la valeur financière est l'infrastructure (béton et ciment). »

Un universitaire émet lui aussi des réserves sur les biens immatériels. Si pour les systèmes d'information le lien avec le service public est évident, notamment pour les grandes concessions d'eau ou d'électricité, les fichiers clients dans d'autres contrats intriguent. Pour lui, il revient aux parties de qualifier ce type de biens de biens de retour ou de biens propres. De plus, il s'interroge sur la qualification même de bien pour ces fichiers informatiques et sur leur valorisation comptable. Cette extension aux biens incorporels témoigne, selon lui, d'un « désajustement avec la notion même de domaine public » qui « ne répond pas à la définition législative » et « s'éloigne de la continuité du service public qui irrigue la domanialité publique ».

En somme, le triptyque « *biens de retour* », « *biens de reprise* » et « *biens propres* » a pour problème majeur la difficulté de pouvoir distinguer ce qui relève du service public en lui-même pour son fonctionnement et ce qui relève de l'organisation interne du concessionnaire et de sa recherche de productivité et de valeur ajoutée, propre à l'entreprise.

Au-delà, des questions connexes de propriété intellectuelle, de secret industriel et de dépossession peuvent se poser. Un établissement public de coopération intercommunale prévoit depuis quelques années des clauses spécifiques à la restitution des marques et des logos : ceux-ci sont expressément qualifiés de biens de retour. Dans le même esprit, ses contrats stipulent

que les licences de logiciel soient souscrites au nom de l'autorité contractante pour faciliter le retour. À l'inverse, un opérateur économique recommande aux autorités concédantes de comprendre que, dans certains secteurs d'activité, les entreprises ont leur matériel propriétaire qu'ils sont seuls à pouvoir utiliser en raison de leur propriété industrielle du produit⁶¹⁵. En pratique, il n'y a pas de véritables difficultés, mais il faut longuement échanger avec les autorités contractantes pour leur expliquer. En dehors de cette situation, il n'est pas rare, dans certains secteurs d'activité, d'observer une tendance à la reprise des biens des concessionnaires dans une double démarche économique et de développement durable, d'autant que le retrait ou la démolition ne sont pas sans conséquences financières ou environnementales.

Par ailleurs, cette classification entre biens de retour, biens de reprise et biens propres a pu faire l'objet d'une innovation par une autorité contractante, en matière de biens incorporels, à savoir une billetterie en ligne. Elle a conceptualisé la notion de « *biens partagés* » dans l'utilisation. Autrement dit, certains biens ne sont pas la propriété exclusive de la collectivité ou du concessionnaire. La partie revenant à l'autorité contractante était uniquement celle liée à l'exécution du service, c'est-à-dire la base de données et non la plateforme de billetterie elle-même.

Modification en cours d'exécution. L'ensemble de ces retours d'expériences sur les difficultés liées à l'identification des biens de retour, de reprise et propres soulève la problématique d'une éventuelle modification en cours d'exécution de la qualification.

Dans le cadre des sondages en ligne, une seule autorité contractante, un notaire, 2 avocats et 2 opérateurs économiques ont reconnu avoir procédé à des modifications en cours d'exécution contractuelle de la qualification de biens de reprise en biens de retour, ou inversement⁶¹⁶. Précisément, une autorité contractante explique que les avenants ont pour objet la requalification en biens de retour de biens précédemment classés en biens de reprise, comme des marques ou des engins de damage. Toutefois, l'évaluation de la légalité de telles modifications au regard des dispositions du Code de la commande publique⁶¹⁷ n'a fait l'objet d'aucun commentaire de la part des répondants, à l'exception d'une mention sommaire d'un avocat indiquant le risque de légalité de telles modifications. L'absence de retour d'expérience

⁶¹⁵ Un avocat ajoute que, dans le cadre de biens incorporels comme les logiciels, il y a des questions de compatibilité entre le système utilisé en interne par le titulaire sortant et le titulaire entrant : « *Le titulaire fait en sorte que ce ne soit pas compatible pour faire valoir des droits d'exclusivité.* »

⁶¹⁶ Ainsi, 6 participants à l'enquête quantitative sur 11 (soit 54,55 %) ont déjà modifié un contrat de concession en cours d'exécution pour modifier la qualification d'un bien.

⁶¹⁷ CCP, art. L. 3135-1, L. 3135-2, R. 3135-1 à R. 3135-10.

concret sur ce point ne permet donc pas, au regard de l'ensemble des données récoltées, de conclure à la légalité ou non d'une modification de la qualification d'un bien de reprise ou d'un bien de retour. La raison commande la prudence étant donné les risques qu'une telle requalification puisse constituer une modification substantielle pouvant *a priori* difficilement entrer dans les hypothèses de modifications autorisées, sauf à avoir été prévue par des clauses de réexamen. En effet, la requalification d'un bien de reprise en bien de retour, ou inversement, affecte les conditions de mise en concurrence initiales ou peut emporter un changement de l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire ou de l'autorité concédante d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial. En outre, une circonstance imprévue pourrait difficilement motiver une telle modification au regard des conditions d'urgence et de prévisibilité. Il en va de même de la justification reposant sur des travaux supplémentaires devenus nécessaires, l'existence des biens s'opposant à la qualification de travaux.

B. La qualification de biens de retour de certains biens acquis avant le contrat

Appréciation de Vallée de l'Ubaye. Les biens acquis avant le contrat de concession ont attiré l'attention d'une vingtaine d'enquêtés. Conformément à la décision *Vallée de l'Ubaye*⁶¹⁸, ceux-ci peuvent, s'ils sont nécessaires au fonctionnement du service, être qualifiés de biens de retour.

Enquête qualitative. Un universitaire du panel d'enquête relève un « *problème d'équité* » dans la décision *Vallée de l'Ubaye* car les biens de retour amortis conservent une valeur de marché. Il estime que cette décision procède à une forme d'expropriation indirecte par la Loi Montagne⁶¹⁹. En effet, comme le rappelle un autre expert, la Loi Montagne prévoit des indemnités pour les anciennes remontées mécaniques. Il s'agissait plus, dans cette affaire, d'une méconnaissance de la loi que d'une surprise jurisprudentielle. Pour autant, l'absence de sanction de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme⁶²⁰ est d'ailleurs vivement critiquée au regard de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Un avocat poursuit :

⁶¹⁸ CE, 29 juin 2018, n° 402251.

⁶¹⁹ Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne.

⁶²⁰ Cour EDH, 5 octobre 2023, *Sarl Couttolenc Frères c/ France*, n° 24300/20.

« Conventionnellement et constitutionnellement au regard du droit de propriété, je n'arrive pas à comprendre comment on peut porter une telle atteinte au nom du service public. La question centrale est de savoir si le Conseil d'État nuancera la position de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il faut donc, pour les juristes, trouver des solutions pour contourner cette solution. »

Sur ce point, un opérateur économique préconise une convention d'apport en annexe du contrat ou de conclure des contrats de location, avec éventuellement un droit de cession au profit de la personne publique. Dans le même sens, un expert insiste sur la possibilité de contourner la décision *Vallée de l'Ubaye* à travers une société tierce. Or, un universitaire constate une limite, notamment dans le cadre, par exemple, des casinos⁶²¹ :

« La Cour européenne des droits de l'Homme va-t-elle adopter la même solution pour les immeubles des casinotiers ? Aujourd'hui, ils ont des SCI pour échapper à ce retour gratuit dans le domaine de la personne publique. Mais, cela a été fait après les premières jurisprudences prévoyant ce mécanisme de retour. Le contournement est donc possiblement illégal, car ils ne pouvaient pas transférer des biens qui sont ab initio la propriété d'une personne publique. »

Ainsi, la jurisprudence devrait préciser cette solution en fonction de la nature du bien et des montages mis en place par les opérateurs économiques⁶²². Sept mois après cet entretien, le Conseil d'État confirme le propos en court-circuitant de tels montages contractuels dont la finalité est d'évincer l'application de la théorie des biens de retour. En effet, dans sa décision du 17 juillet 2025, le Conseil d'État statue en faveur de la qualification de bien de retour aux biens affectés au fonctionnement du service public et nécessaires à celui-ci appartenant à des tiers liés au concessionnaire, à l'image d'une société du même groupe que le concessionnaire. Tel est le cas lorsque :

« [...] d'une part, il existe des liens étroits entre les actionnaires ou les dirigeants du propriétaire du bien et du concessionnaire, lesquels permettent de regarder l'un comme exerçant une influence décisive à la

⁶²¹ Le constat a été établi également par la Cour des comptes en 2021. Voir : Cour des Comptes, *Rapport annuel d'activité*, 2021, p. 109-147.

⁶²² Un avocat interviewé abonde également en ce sens.

fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de l'autre ou de regarder l'un et l'autre comme étant placé sous le contrôle d'une même entreprise tierce et, d'autre part, le bien, exclusivement destiné à l'exécution du contrat de concession, a été mis par son propriétaire à la disposition du concessionnaire pour cette exécution. »⁶²³

La situation juridique de tels biens appartenant à des tiers liés au concessionnaire est donc, à l'heure de la publication du présent rapport, éclaircie.

Enquête quantitative. Si pour une autorité contractante et 2 opérateurs économiques la décision *Vallée de l'Ubaye* est cohérente et compréhensible⁶²⁴, elle est critiquée par 9 autres répondants⁶²⁵, notamment pour l'atteinte au droit de propriété qu'elle opère (et malgré la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme précitée). La portée pratique de cette décision est, cependant, relativisée par une commune, selon laquelle : « *Les collectivités territoriales ont du mal à passer le pas de l'application de cette situation et, s'agissant des domaines skiables, ont tendance à s'orienter vers des servitudes d'utilité publique pour éviter la manière forte* ». De son côté, un avocat s'interroge sur la portée de cette décision vis-à-vis d'un bien d'un tiers affecté, par exemple à travers la conclusion d'un bail, au fonctionnement du service et indispensable à la continuité de ce service.

C. La qualification de biens de retour des provisions pour renouvellement

Appréciation de Société électricité de Tahiti. Avec la décision *Société électricité de Tahiti*⁶²⁶, les provisions pour renouvellement sont susceptibles d'être qualifiées de biens de retour. Les participants à l'enquête qualitative et aux sondages ont été invités à partager leur évaluation pratique des conséquences de cette solution.

⁶²³ CE, 17 juillet 2025, *Commune de Berck-sur-Mer*, n° 503317.

⁶²⁴ Le sondé explique d'ailleurs que la situation est claire au regard de la fiche pratique que la DAJ a publiée à la suite de la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 5 oct. 2023, *SARL Couttolenc Frères c. France*, n° 24300/20). Ladite fiche est disponible en ligne sur le site du ministère de l'Économie et des Finances à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/daj/lettre-de-la-daj-theorie-des-biens-de-retour-issu-de-la-jurisprudence-vallee-de-lubaye>.

⁶²⁵ Précisément : 6 avocats, 3 autorités contractantes et un opérateur économique.

⁶²⁶ CE, 18 octobre 2018, n° 420097.

Enquête qualitative. Pour un premier expert, la décision *Société électricité de Tahiti* se comprend par le fait que « le concessionnaire ne doit pas conserver une provision pour un renouvellement qui ne lui bénéficie pas, puisqu'il n'est pas propriétaire du bien à entretenir au terme du contrat ». D'un point de vue financier, l'enjeu est significatif, car il s'agit d'une charge qui sera dépensée à l'avenir. Pour cet expert, ces provisions s'analysent comme des dotations aux amortissements et n'ont de raison d'être que parce qu'elles sont attachées à l'exploitation du bien et du service public. C'est pourquoi elles constituent des biens de retour. Un deuxième expert confirme cette position et souligne la stratégie financière de certains concessionnaires dans le recours aux provisions, car « *des opérateurs économiques provisionnent beaucoup pour des raisons fiscales, mais n'utilisent pas les provisions afin de pouvoir repartir avec un bénéfice plus important* ».

Pour autant, la décision *Société électricité de Tahiti* a fait l'objet de vives critiques de la part de 4 participants (un opérateur économique, un expert et 2 avocats⁶²⁷). En particulier, un opérateur économique s'étonne de l'assimilation par le juge administratif d'une provision pour renouvellement à un bien de retour, alors qu'il s'agit techniquement d'une écriture comptable. Sa première critique tient à « *l'absence de sens économique et comptable de la provision* », sa conviction étant renforcée par l'incompréhension, qu'il rapporte, des commissaires aux comptes. En qualifiant de bien de retour une provision, l'opérateur économique estime que le juge administratif « *fait fi des risques et périls caractérisant la concession : le concessionnaire est engagé à entretenir les biens, non pas à dépenser une somme déterminée* »⁶²⁸. Ensuite, la décision *Société électricité de Tahiti* est interprétée trop largement, selon cet interviewé qui la considère comme un cas d'espèce. En ce sens, il explique :

« Déjà, dans cette affaire, les contrats de concession en cause ne sont pas vraiment des contrats de concession. Le raisonnement qui apparaît dans les conclusions du rapporteur public Édouard Crépey montre que c'est un cas très particulier où la redevance demandée, la fixation des tarifs et des revenus s'appuient sur les comptes de résultat de la société, tous les ans. Il s'agit d'une activité plutôt régulée que concessive. »

⁶²⁷ L'un des deux avocats qualifie cette décision d'« *approximative* ».

⁶²⁸ Un avocat abonde en ce sens : « *Dans un marché de partenariat ou un contrat de partenariat public-privé, la provision est payée, donc elle doit revenir en fin de contrat. Mais, dans une concession, ce n'est pas normal, car on doit garder en tête que le risque et péril implique le profit.* »

La redevance prend en considération l'équilibre comptable de la société et donc le choix du concessionnaire d'avoir mis ou non des provisions. À partir du moment où la redevance qui est fixée tous les ans prend en compte l'écriture comptable et les comptes de résultat, la position du rapporteur public se comprend (dans cette situation-là).

Dans une concession aux risques et périls, les tarifs sont fixés ex ante, et peu importe le montant de provision inscrit dans les comptes de résultat annuel. Ceci n'influe en rien sur les tarifs. Dans l'affaire Société électricité de Tahiti, il y a clairement une interaction entre la provision et le montant de la redevance.

C'est pourquoi il faut être conscient que c'est un cas d'espèce : ce n'est pas applicable à une concession classique, aux risques et périls. Dans une concession classique, si on doit réinvestir énormément pour l'entretien d'une infrastructure, le comptable va inscrire une provision puis le concédant va vouloir la récupérer en fin de contrat : c'est une double peine pour le concessionnaire.

Les éléments comptables, les comptes de résultat, les amortissements ou encore les provisions n'ont absolument rien de commun avec les biens de la concession. Éventuellement la notion d'amortissement peut intervenir dans le cas d'une interruption du contrat (ce qui était le cas dans Société électricité de Tahiti) en cours d'exécution. Dans le détricotage, il est possible de se demander quelle est la quote-part qui a déjà été payée : la notion d'amortissement peut être ici regardée. Sinon, de façon générale, à la fin normale du contrat, tous les comptes de résultat ou les provisions ne doivent pas absolument pas apparaître. »

Pour lui, cette décision engendre des problèmes pratiques non négligeables. De plus en plus de concédants, lorsque le contrat arrive à son terme, essaieraient « d'éplucher les comptes de résultat et les provisions pour envoyer des factures ex post qui n'ont aucun sens, mais qui font l'objet de plus en plus de décisions devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ». Il devient nécessaire, pour cet enquêté, que le Conseil d'État rappelle que sa décision *Société électricité de Tahiti* est un cas très spécifique : « de façon générale, les

provisions ne sont pas des biens matériels et la présentation des comptes financiers sont sans conséquences sur la réalité des objets physiques et des prestations faites par les concessionnaires ». La clarification pourrait intervenir, selon un expert, lorsque le Conseil d'État se prononcera de façon plus générale dans un contentieux non lié à une loi de pays, la décision *Société électricité de Tahiti* résultant d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une loi de pays et non d'un contentieux contractuel.

Par ailleurs, un avocat regrette que cette décision ne tienne pas en considération la vie du contrat et ne se questionne pas sur les raisons pour lesquelles les provisions pour renouvellement n'ont pas été engagées. Il suppose que « *soit il y a un bon entretien des biens de retour, ce qui ne peut être reproché au concessionnaire, soit ces provisions ont été gonflées artificiellement et le concédant n'a pas suffisamment contrôlé le concessionnaire* ». Pour lui, il s'agit d'une « *solution punitive qui apporte une fausse sécurité aux autorités délégantes et qui vient composer des vices qui sont liés au contrat* ».

Face à l'incompréhension de certains opérateurs économiques et pour éviter toute discussion sur les provisions, une autorité contractante privilégie la contractualisation, dans ses nouveaux contrats, des provisions pour renouvellement sous la forme, non pas d'écriture comptable, mais de compte de réserve⁶²⁹. Une autre autorité contractante, quant à elle, ne rencontre aucune contestation de la part de ses concessionnaires concernant la restitution des provisions pour renouvellement.

Enquête quantitative. À l'inverse des interviewés, une majorité des sondés (8 sur 13, soit 61,54 %⁶³⁰) exprime sa satisfaction de la portée de la décision *Société électricité de Tahiti*⁶³¹, même s'il peut y avoir des difficultés pratiques en cas de résiliation du contrat, précise l'un d'eux⁶³². Sur ce point la position des sondés tranche avec celle des interviewés.

⁶²⁹ Un avocat n'observe que peu de dossiers où la provision est réclamée par le concédant.

⁶³⁰ Précisément : 2 avocats sur 6, 4 autorités contractantes sur 4 et 2 opérateurs économiques sur 3.

⁶³¹ CE, 18 oct. 2018, *Société électricité de Tahiti*, n° 420097.

⁶³² Un avocat nuance sa réponse : « *Cette décision ne règle pas complètement la question de savoir si et dans quelles conditions une provision peut servir pour financer un bien autre que celui en vue duquel elle a été constituée, avec ou sans commun accord des parties* ». Il rejoint, en ce sens, une critique portée par certains interviewés, à savoir l'absence de contrainte pesant sur la personne publique lorsqu'elle récupère, au titre d'un bien de retour, quant au devenir de la provision.

D. L'indemnisation des biens de retour et des biens de reprise

VNC ou valeur résiduelle. Généralement, l'indemnisation des biens de retour et des biens de reprise obéit soit à une méthode de calcul reposant sur la valeur nette comptable (VNC) du bien⁶³³, soit sur sa valeur résiduelle⁶³⁴.

Enquête qualitative. Pour un expert le choix entre la VNC et la valeur résiduelle s'opère en fonction des projets et des objectifs de la personne publique. La valeur résiduelle peut être utile lorsque les biens mobiliers ont une valeur de revente intéressante, tandis que la VNC s'utilise plus aisément pour les biens immobiliers. L'avantage de la VNC est la clarté de la méthode pour nombre d'enquêtés : la VNC est difficilement contestable tandis que la valeur résiduelle peut engendrer des expertises coûteuses par les parties. C'est pourquoi la VNC est la méthode de calcul d'indemnisation la plus courante en pratique.

Une autorité contractante confirme que les modalités d'indemnisation sont connues. La méthode reposant sur la VNC est privilégiée par rapport à la valeur vénale pour l'indemnisation des biens de retour et des biens de reprise⁶³⁵. L'interviewé admet que *« ce choix peut être critiquable sur l'aspect de l'équilibre financier du contrat, mais les documents comptables peuvent être audités et assurent une objectivité »*. En pratique, il faut compter entre six mois et un an pour parvenir à un protocole d'accord et au versement de l'indemnité. Pour cette raison, les discussions débutent un an ou deux ans avant le terme de la concession. Une autre autorité contractante, consciente du risque que de nouveaux investissements peuvent entraîner sur la VNC des biens de retour en fin de contrat, prévoit dans ses documents contractuels que dans les dernières années d'exécution du contrat de concession (entre deux et cinq ans, selon les cas), le délégataire doit impérativement obtenir l'autorisation expresse de l'autorité concédante pour effectuer des investissements qui pourraient lui revenir au titre de la théorie des biens de retour ou des biens de reprise.

Enfin, un universitaire observe régulièrement des problèmes avec la méthode de calcul de la VNC. Celle-ci fait souvent l'objet de discussions, en particulier en cas de fin anticipée de

⁶³³ Le calcul de la VNC est sommairement le suivant : $VNC = \text{Prix d'achat hors taxe} - \text{Amortissements} - \text{Provisions}$. La VNC ne reflète pas la valeur économique du bien sur le marché.

⁶³⁴ La valeur résiduelle est la valeur d'un bien à la fin de sa durée d'utilisation. La valeur résiduelle reflète la valeur économique du bien sur le marché.

⁶³⁵ À noter, l'expert confie n'avoir pas rencontré de situation où un contrat optait, pour des biens mobiliers, à la méthode de calcul reposant sur la valeur résiduelle et, pour les biens immobiliers, à la VNC. Il ne semble donc pas y avoir de méthode mixte, par soucis de simplification.

la concession pour motif d'intérêt général : « *Il faut trouver le juste équilibre pour éviter de s'exposer à l'interdiction des libéralités* ».

Enquête quantitative. Majoritairement (10 sur 13 sondés, soit 76,92 %⁶³⁶), la VNC est utilisée comme méthode d'évaluation du montant de l'indemnisation due au concessionnaire pour les biens restitués à la personne publique. Parmi les 10 répondants, 7 perçoit la VNC comme une méthode adaptée à la réalité économique⁶³⁷. Une autorité contractante précise qu'elle négocie, lors de la passation des contrats, les durées d'amortissement par catégorie et typologie de biens afin de s'assurer de leur cohérence et conformité au regard de la VNC. Une collectivité territoriale, quant à elle, relativise ce constat « *dans le cas où le ticket d'entrée pour le prochain contrat public correspond à la VNC versée au cocontractant précédent* ». Une seule autorité concédante privilégie la valeur résiduelle d'un bien et estime également cette méthode adaptée à la réalité économique. Enfin, 2 avocats alternent entre la VNC et la valeur résiduelle⁶³⁸, voire une valeur à dire d'expert.

E. L'extension de la théorie des biens de retour

Réserves des interviewés. Durant les échanges avec les enquêtés, la proposition doctrinale d'une extension du champ d'application de la théorie des biens de retour hors concession a été posée. Les avis sont mitigés sur ce point.

Cette extension pourrait être bienvenue, pour un premier avocat, en matière de convention domaniale afin de rassurer les banques. Pour autant, l'absence de lien avec un service public est un obstacle important à cette généralisation. La solution privilégiée est alors le contrat lui-même qui peut s'inspirer de cette théorie. Un deuxième avocat, quant à lui, relativise l'intérêt de cette extension aux conventions domaniales, car « *nous sommes, ici, dans de la valorisation patrimoniale sans rechercher la satisfaction des besoins d'une personne publique* ». En somme, le droit de la commande publique pourrait être un frein à cette extension aux conventions domaniales. Un de leurs confrères abonde en ce sens :

⁶³⁶ Précisément : 3 avocats sur 5, 4 autorités contractantes sur 5 et 3 opérateurs économiques sur 3. Aucun notaire n'a répondu à cette question.

⁶³⁷ Précisément : 2 avocats sur 2, 4 autorités contractantes sur 5 et 1 opérateur économique sur 3. Pour un opérateur économique, la pertinence de la VNC dépend du bien et de la précision des données comptables.

⁶³⁸ L'un d'eux constate que, généralement, les valeurs sont similaires.

« Il y a des investissements parfois lourds qui sont faits et si une fin anticipée intervient, il faut être certain qu'il y ait une indemnisation lorsque le bien n'a pas été amorti. Il faudrait une option où soit la personne publique peut récupérer le bien et indemniser, ou alors il faut démanteler aux frais de la personne publique. En ce moment, on a l'obligation d'installer des bornes de recharge électrique. Cela se fait parfois sur des terrains privés, parfois sur des biens du domaine public. Les bornes n'ont pas forcément une valeur importante, mais les prêteurs se questionnent sur la concurrence : que se passe-t-il si un concurrent s'installe juste à côté ? Il n'y a pas suffisamment de régulation sur l'exclusivité économique des bornes de recharge. Est-ce que la dette sera payée par le propriétaire ? Rien n'est pensé là-dessus. Il ne faudrait pas appeler « biens de retour », mais il faut réfléchir aux règles de reprise ou de retour, surtout pour les bornes de recharge. »

Une autorité contractante demeure toutefois ouverte à la réflexion sur cette extension, malgré l'absence de lien avec le service public⁶³⁹. Comme l'admet un expert, cette réflexion a l'utilité de questionner le sort des biens des conventions domaniales en l'absence d'un prisme de service public.

Concernant les marchés publics, suivi par une autorité contractante, un avocat souligne les limites de l'intérêt d'une telle extension :

« Dans les marchés publics, il n'y a pas de fiction de la propriété fiscale, car le bien est à l'acheteur. Il en a la propriété économique. C'est un calque du droit américain qui distingue la propriété économique et la propriété juridique, en quelque sorte car le droit français ne le fait qu'indirectement via la propriété fiscale. »

Une autorité contractante témoigne de son intérêt pour une extension aux concessions de service (au-delà de la notion de service public), aux marchés publics de service et aux concessions d'aménagement. Un expert demeure plutôt réservé et estime que la généralisation effectuée par le Code de la commande publique est un « hold up intellectuel » :

⁶³⁹ Une autre autorité contractante s'inscrit en désaccord avec cette position. Pour elle, une telle extension ne répondrait pas aux attentes des personnes publiques.

« Il doit y avoir un lien avec le service public, c'est pourquoi cette théorie trouve à s'appliquer à certains marchés publics de service (public) et aux marchés de partenariat, au-delà des concessions de service public. »

De manière pragmatique, cet enquêté pose des conditions pour l'extension. La théorie n'a de sens, selon lui, que pour « les contrats de longue durée liés à la prise en charge d'une activité support qui pourrait être transmise à un autre dans le cadre de l'exploitation d'un service ». Dès lors, cette théorie ne trouve pas à s'appliquer pour des marchés publics de fournitures, de travaux ou de certains services (non publics). Il ajoute :

« J'ai une deuxième réserve : quand on voit toutes les difficultés liées à la définition et à la méthode d'amortissement, est-ce qu'on n'est pas en train d'intégrer un élément très incertain dans les marchés ? Il y aurait l'intégration d'un aléa dans le contrat avec un risque de requalification en concession. »

Opinion favorable des sondés à l'extension. Les résultats de l'enquête quantitative révèlent une opinion bien différente auprès du panel des sondés. Pour 14 sondés sur 20 (soit 70 %⁶⁴⁰), il serait pertinent d'étendre l'application de la théorie des biens de retour aux marchés publics et aux conventions d'occupation temporaire du domaine public⁶⁴¹, notamment en cas de gestion d'un service public (pour reprendre la proposition d'un enquêté). D'ailleurs, une commune confie déjà pratiquer cette extension aux conventions d'occupation permettant l'exercice d'une activité économique pour les biens indispensables à l'exploitation de ladite activité. Une extension par voie législative ou jurisprudentielle permettrait, pour elle, de sécuriser sa position. Un EPCI, quant à lui, considère utile cette extension en cas de mise à disposition de locaux, d'équipements ou de matériels lors de l'exploitation d'un marché public. Un avocat tempère l'idée d'une extension de la théorie des biens de retour à d'autres contrats publics sous réserve que « l'amortissement soit assuré sur la durée du contrat ou à défaut par le biais d'une compensation à une valeur à convenir, non forcément limitée à la VNC ».

⁶⁴⁰ Soit : 5 avocats sur 7, 2 notaires sur 2, 5 autorités contractantes sur 8 et 2 opérateurs économiques sur 3.

⁶⁴¹ À noter que, à l'unanimité, les autorités concédantes (4 sur 4) recommandent le maintien de l'obligation faite au concessionnaire de démolir ou de retirer les biens non nécessaires à la fin de la concession. Deux d'entre elles insistent que, si la collectivité territoriale n'exige pas la démolition ou le retrait du bien, une indemnisation doit être versée à l'occupant. Les autorités concédantes sont rejointes par 3 avocats, un notaire et un opérateur économique. Parmi eux, 2 avocats estiment que la question doit être résolue par le contrat.

Une telle extension est majoritairement perçue comme affectant tant positivement que négativement l'attractivité économique des contrats publics, selon 15 répondants sur 20 (soit 75 %⁶⁴²). Un effet positif sur les investissements est perçu auprès d'un opérateur économique pour qui cette théorie permettrait de sécuriser les investissements privés lors de la récupération des actifs en fin de contrats. Une collectivité territoriale insiste sur le fait que *« l'apport en matériel ou en travaux est plus acceptable pour l'occupant, surtout lorsqu'il y a la possibilité pour la personne publique d'indemniser les biens en fin de contrat et de les remettre à disposition du nouvel occupant contre droit d'entrée »*. Seulement, ceci n'est pas indispensable pour une autre collectivité. Cette dernière estime que, en matière de traitement des biens, l'attractivité des contrats publics joue surtout à travers la possibilité pour un opérateur économique de constituer et de valoriser un fonds de commerce sur le domaine public. Pour elle, un tel droit reconnu au cocontractant est même *« d'utilité publique pour soutenir l'économie locale en lançant, par exemple, des entrepreneurs »*.

F. Le sort des biens lors de la reprise en régie d'un service public

Enquête qualitative. En cas de reprise en régie d'un service public, les biens sont (après la question de la reprise du personnel) une véritable préoccupation pour 2 autorités contractantes et 2 avocats interrogés. Pour faciliter la reprise en régie, une autorité contractante demande aux délégataires de lui céder ses marchés d'entretien et de maintenance afin de garantir la continuité du service. Ceci n'est possible que pour une courte durée, le temps pour l'autorité contractante de procéder à des procédures de passation de marchés publics⁶⁴³. La deuxième autorité contractante a eu une stratégie tout autre dans sa reprise en régie en rachetant la flotte de véhicules initialement loués au délégataire :

« Nous avons créé une régie avec autonomie financière pour reprendre un service public jusqu'ici délégué à une personne privée. Cette nouvelle régie a repris un certain nombre de biens, notamment les véhicules classés en bien de reprise. Pour nous une partie de ces véhicules, les véhicules techniques pour toutes les interventions sont

⁶⁴² Précisément : 6 avocats sur 7, 1 notaire sur 2, 6 autorités contractantes sur 7 et 2 opérateurs économiques sur 3. Une autorité contractante a indiqué ne pas avoir d'opinion sur ce point, une autre est explicitement défavorable à une telle extension sans pour autant préciser les raisons de sa position.

⁶⁴³ En ce sens, voir : CE, Sect., 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*, n° 368294.

des biens nécessaires au service, donc potentiellement des biens de retour. Mais, puisque ces biens étaient loués, ceci a fait obstacle à un retour paisible à la métropole. Cette location a été un obstacle à un retour et à une reprise. Il a fallu s'entendre sur la qualification des biens. Ensuite, bien que les clauses du contrat de délégation de service public prévoyaient que les contrats de location devaient inclure une subrogation au profit de la métropole, cela n'a pas été le cas dans les faits. Nous n'avons pas obtenu cette subrogation. Cela s'est conclu par un rachat d'une partie de la flotte de véhicules. »

Pour autant, les 2 avocats estiment que la reprise en régie ne pose pas de véritables difficultés juridiques ou opérationnelles, même si l'un d'eux recommande une évolution de la législation afin de permettre la copropriété d'un bien du domaine public entre personnes publiques lorsqu'il y a des questions de concurrence de propriétés publiques.

Enquête quantitative. Sur 4 autorités concédantes, 2 ont admis avoir repris en régie une activité de service public⁶⁴⁴. Elles ont, toutes deux, rencontré des difficultés quant aux biens de la concession. Pour une collectivité territoriale, le principal problème tient aux biens multiaffectés à une activité de service public et à une activité privée du délégataire sortant. Pour une personne publique *sui generis*, ce sont des considérations financières qui alourdissent le dossier de reprise en régie, la valeur brute des biens n'étant pas toujours connue. De plus, la classification des biens dans la comptabilité du délégataire ne correspond pas forcément au besoin de la comptabilité de la régie. En tout état de cause, aucune autorité contractante n'a apporté de précisions sur le traitement de ces difficultés en pratique.

Constats. En définitive, les participants à l'enquête qualitative ont témoigné d'un vif intérêt pour la sous-thématique de la théorie des biens de retour. Majoritairement, ils témoignent de difficultés dans l'identification des biens de retour, des biens de reprise et des biens propres résultant de l'imprécision du triptyque. Le caractère de nécessité au fonctionnement du service est dénoncé comme élément perturbateur en pratique et en théorie, puisque la notion de bien de retour se détache de la continuité du service public. Ceci justifie, pour une majorité d'interviewés, de ne pas étendre la théorie des biens de retour au-delà des concessions, sauf, peut-être, aux marchés de service public. Sur ce point, les réponses aux sondages diffèrent

⁶⁴⁴ La question n'a été posée qu'aux autorités contractantes.

puisque les participants indiquent être favorables à une telle extension à hauteur de 70 % des répondants (14 sondés sur 20), contre 4 sur 20 interviewés l'approuvant.

Les cas des biens incorporels et des biens acquis avant le contrat illustrent les difficultés juridiques et opérationnelles rencontrées par les professionnels. En outre, la qualification de bien de retour des provisions pour renouvellement est critiquée par une partie des interviewés qui s'étonnent qu'une écriture comptable soit assimilée à un bien. Sur ce point, d'autres enquêtés défendent la décision *Société électricité de Tahiti* pour des raisons économiques et financières, la provision n'ayant de sens qu'au regard du bien qui est *ab initio* la propriété de la personne publique. Il semble difficile de réconcilier les deux visions.

Par ailleurs, les retours d'expérience permettent de comprendre la motivation du choix des praticiens pour l'indemnisation des biens de retour ou de reprise selon le mode de calcul de la VNC. Contrairement à la valeur résiduelle d'un bien qui expose à des différends et des procédures d'expertises longues et coûteuses, la VNC est perçue comme un outil plus objectif et moins propice à la contestation.

Enfin, la reprise en régie n'engendre pas de difficultés juridiques ou opérationnelles particulières, selon les avocats, s'agissant des biens. Les principales problématiques tiennent au personnel. Les témoignages des autorités contractantes relativisent cette affirmation. Il peut arriver qu'en pratique des difficultés surviennent notamment lorsqu'il n'est pas possible d'avoir une cession de contrat de location du concessionnaire sortant au profit de la régie.

§IV. Les difficultés liées à l'occupation ou la sous-occupation domaniale

Occupation. Un avocat indique que les promoteurs vont capitaliser le statut du bien sur le prix de leur offre. En outre, dans les conventions d'occupation temporaire, les indemnités de résiliation sont difficiles à mettre en place, surtout vis-à-vis des actionnaires ou des investisseurs. Il ajoute :

« Souvent dans les projets industriels en convention d'occupation, le Code général de la propriété des personnes publiques n'est pas adapté dans le traitement de la fin de la convention. Il faut détruire par principe, sauf si la personne publique souhaite garder le bien. »

Évidemment, souvent la personne publique ne le souhaite pas surtout que, si elle reprend le bien, elle doit prévoir une indemnisation. En tant qu'avocat, cela nous oblige à écrire dans le contrat que la personne publique ne va pas demander de détruire et nous indemniser à hauteur d'un montant déterminé en fonction de la valeur vénale du bien. »

Par ailleurs, la convention d'occupation sur le domaine public n'est pas compatible avec les baux commerciaux. Ainsi, un deuxième avocat explique qu'il n'est pas rare, notamment en matière de valorisation patrimoniale des parkings d'une commune, de procéder à une division en volume d'un terrain. Précisément, un découpage d'un volume d'air avec un ancrage sur le domaine public est effectué, et dans lequel une convention d'occupation sera accordée. Comme les tréfonds (pour l'implantation) et le volume d'air ne sont pas affectés à un service public, ils ne relèvent pas du domaine public : les baux commerciaux sont donc autorisés.

Succession d'occupations. En outre, il arrive que, dans le cadre d'une succession d'occupation sur le domaine public, des mécanismes de transfert de ces biens soient mis en œuvre. En ce sens, un enquêté confie :

« Par exemple, dans mon expérience, dès lors qu'on est sur du domaine public de l'État et qu'il y a une construction immobilière bâtie : soit il y a un prolongement de l'occupation pour ne pas devenir propriétaire et la maintenir chez l'occupant ; soit il y a rupture du titre et la propriété va, par principe, revenir à l'État. Pour empêcher cela, on a imaginé un mécanisme assez inventif : l'occupant actuel d'un bien immobilier public a signé un protocole d'accord avec le futur occupant dans lequel il s'engageait à céder la propriété des biens construits à la dernière minute de l'occupation au futur occupant qui deviendrait le propriétaire gratuitement. »

Il s'agit ici d'appliquer la décision d'espèce *Epis Centre-Nord* du Conseil d'État⁶⁴⁵. Cette jurisprudence est mobilisée par 2 autorités contractantes en fonction de leur objectif.

Sous-occupation. Enfin, s'agissant de la propriété en cas de sous-occupation. Un troisième avocat partage que la pratique est à la demande de la démolition des biens construits ou au retrait des biens apportés dans le cadre de la sous-occupation par le sous-occupant. Une

⁶⁴⁵ CE, 13 novembre 2013, *Epis Centre Nord*, n° 351530.

autorité contractante regrette d'ailleurs que les sous-occupations ne soient pas toujours déclarées, ce qui est une source courante de différends au terme de la sous-occupation ou de l'occupation.

Résultats des sondages. Dans le cadre de l'enquête quantitative, 8 enquêtés sur 11 (soit 72,73 %⁶⁴⁶) ont confié rencontrer des difficultés pour les biens apportés ou construits dans le cadre d'une occupation domaniale ou d'une sous-occupation domaniale. Un organisme public précise que ces difficultés sont principalement opérationnelles, car « *les travaux d'entretien sont coûteux et la rentabilité du contrat médiocre* ».

⁶⁴⁶ Soit : 3 avocats sur 5, 2 notaires sur 2, 2 autorités contractantes sur 3 et 1 opérateur économique sur 1.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 1

L'enquête qualitative éclaire l'étude sur les difficultés rencontrées par les praticiens dans l'identification de la nature et de la propriété d'un bien. Si la nature de biens incorporels pour les données informatiques est discutée par une minorité d'enquêtés, il demeure que la question de l'identification de la nature d'un bien (à savoir : bien immeuble, meuble, corporel ou incorporel) n'est pas une préoccupation centrale des enquêtés. Toutefois, l'identification de la propriété d'un bien attire l'attention des interviewés. Tels sont les cas des revendications conjointes de personnes publiques sur un même bien immobilier, ou celui d'un empiètement d'un concessionnaire sur le domaine public de l'autorité contractante (ou d'une autre entité publique), ainsi que le cas de la succession d'occupants du domaine public lorsque la personne publique ne souhaite pas acquérir la propriété de biens construits ou apportés par l'occupant.

L'identification de la propriété intellectuelle engendre quelques interrogations pour les praticiens, en particulier en matière de biens incorporels comme les marques, les logiciels ou les logos. Certains témoignages relatent une tendance des autorités contractantes à vouloir la pleine et entière propriété intellectuelle sans en avoir véritablement besoin, la cession des droits d'usage étant suffisante dans la majorité des cas. Par ailleurs, le manque de maîtrise du droit de la propriété intellectuelle par les juristes et avocats en droit public est régulièrement signifié. Une coopération active avec des spécialistes dans le domaine est perçue comme indispensable pour sécuriser les contrats publics.

À ce titre, et de manière générale, la contractualisation est majoritairement perçue comme une solution adéquate pour régler le statut d'un bien dans un contrat public. Ceci sécurise le contrat public. Pour autant, certains enquêtés insistent sur le fait que l'importance n'est pas tant la contractualisation de la propriété que celle de l'affectation d'un bien et des clauses d'indemnisation

en cas de fin anticipée du contrat (ce qui a pour vertu de rassurer les prêteurs et les investisseurs). Seulement, plusieurs participants regrettent le manque de rigueur dans la rédaction des clauses. Ils insistent sur la nécessité de ne pas copier-coller systématiquement les clauses types des CCAG et de s'adapter au projet. En outre, quelques-uns portent un regard critique sur les CCAG, notamment en matière de réception, de garde et de propriété intellectuelle. Enfin, deux limites sont à souligner en matière de contractualisation : la commune intention des parties n'est pas forcément suivie par le juge administratif, et la théorie des biens de retour.

La théorie des biens de retour a été au cœur des échanges avec les enquêtés. Majoritairement, ils témoignent de difficultés dans l'identification des biens de retour, des biens de reprise et des biens propres résultant de l'imprécision du triptyque. Le caractère de nécessité au fonctionnement du service est dénoncé comme élément perturbateur en pratique et en théorie, puisque la notion de bien de retour se détache de la continuité du service public. Ceci justifie, pour une majorité d'interviewés, de ne pas étendre la théorie des biens de retour au-delà des concessions, sauf, peut-être, aux marchés de service public. Sur ce point, les réponses aux sondages diffèrent puisque les participants indiquent être favorables à une telle extension.

Les cas des biens incorporels et des biens acquis avant le contrat illustrent les difficultés juridiques et opérationnelles rencontrées par les professionnels. En outre, la qualification de bien de retour des provisions pour renouvellement est critiquée par une partie des interviewés qui s'étonnent qu'une écriture comptable soit assimilée à un bien. Sur ce point, d'autres enquêtés défendent la décision *Société électricité de Tahiti* pour des raisons économiques et financières, la provision n'ayant de sens qu'au regard du bien qui est *ab initio* la propriété de la personne publique. Il semble difficile de réconcilier les deux visions.

Par ailleurs, les retours d'expérience permettent de comprendre la motivation du choix des praticiens pour l'indemnisation des biens de retour ou de reprise selon le mode de calcul de la VNC. Contrairement à la valeur résiduelle d'un bien qui expose à des différends et des procédures d'expertises longues et

coûteuses, la VNC est perçue comme un outil plus objectif et moins propice à la contestation.

La reprise en régie n'apporte pas de difficultés juridiques ou opérationnelles particulières, selon les avocats, s'agissant des biens. Les principales problématiques tiennent au personnel. Les témoignages des autorités contractantes relativisent cette affirmation. Il peut arriver qu'en pratique des difficultés surviennent notamment lorsqu'il n'est pas possible d'avoir une cession de contrat de location du concessionnaire sortant au profit de la régie.

Enfin, les thématiques de l'occupation et la sous-occupation domaniale ont moins suscité de discussions dans le cadre de l'identification de la propriété d'un bien construit ou apporté par un occupant ou un sous-occupant. Il demeure que certains enquêtés ont partagé une technique intéressante de succession de la propriété du bien lors d'un changement d'occupant afin de retarder l'accession à la propriété du bien construit ou apporté sur son domaine public pour la personne publique. Ceci lui évite d'avoir la charge de la réparation et du remplacement de ces biens, le moment venu.

SECTION 2 : L'UTILISATION DES BIENS DANS LES CONTRATS PUBLICS

Panorama. L'utilisation des biens dans les contrats publics comporte son lot de difficultés selon plusieurs enquêtés⁶⁴⁷. L'enquête quantitative en ligne permet de dresser un aperçu des biens les plus susceptibles d'engendrer des problématiques opérationnelles ou juridiques lors de l'exécution d'un contrat public.

Marchés publics classiques. Dans le cadre des marchés publics classiques, les sondés estiment que les biens mobiliers incorporels (13 sur 22, soit 59,09 %⁶⁴⁸) soulèvent plus de difficultés que les biens mobiliers corporels (5 sur 22, soit 22,73 %⁶⁴⁹) ou les biens immobiliers (7 sur 22, soit 31,82 %⁶⁵⁰)⁶⁵¹. En outre, comme le souligne une personne publique sondée, des problématiques financières peuvent intervenir, notamment la qualification de la dépense en tant que dépense d'investissement ou de fonctionnement en fonction du type de bien et du montage contractuel (achat ou location). Elle insiste également sur les difficultés opérationnelles et financières résultant de la maintenance qui suit les prestations d'achat des biens mobiliers ou immobiliers.

Marchés publics globaux et marchés de partenariat. Les sondages en ligne ne permettent pas de tirer de quelconques conclusions pour ces contrats de la commande

⁶⁴⁷ Une majorité des interviewés a abordé cette sous-thématique. L'enquête quantitative a rassemblé 22 participants sur 66 (soit 33,33 % - précisément : 5 avocats sur 15, 13 autorités contractantes sur 32 et 4 opérateurs économiques sur 17, aucun notaire n'a répondu à cette thématique) sur ce point.

⁶⁴⁸ Soit : 4 avocats sur 5, 8 autorités contractantes sur 13 et 1 opérateur économique sur 4. Comme l'expliquent deux organismes publics, il s'agit principalement de la propriété intellectuelle des études ou des livrables produits dans le cadre de l'exécution d'un marché ou des données saisies dans des applications, d'autant que, comme le remarque un avocat, « *le sort des biens incorporels est moins balisé par les CCAG* ». Un autre avocat questionne la clarté de la définition des biens incorporels, leur valorisation et leur cession.

⁶⁴⁹ Soit : 4 autorités contractantes sur 13 et 1 opérateur économique sur 4. S'agissant des biens mobiliers corporels, selon une autre autorité contractante, leur sort en fin de vie pose des questions liées à leur cession ou rétrocession, ou encore à leur rachat. Dans le même sens, une personne publique relève la problématique du transfert de propriété et de gestion de la propriété lors de la destruction d'un bien mobilier.

⁶⁵⁰ Soit : 2 avocats sur 5, 3 autorités contractantes sur 13 et 2 opérateurs économiques sur 4. Pour les biens immobiliers, une collectivité territoriale confie que les difficultés peuvent provenir de situations d'occupation illégale.

⁶⁵¹ Deux autorités contractantes et un opérateur économique ont indiqué ne pas rencontrer de difficultés particulières.

publique par manque de réponse exploitable⁶⁵². Un avocat partage toutefois trois principales problématiques. La première tient en la nécessité d'assurer la continuité du service public et les contraintes en termes d'accessibilité et de maintien de l'activité. La deuxième ressort des obligations de mise aux normes s'imposant en cours de chantier ou d'exploitation. La dernière porte sur le financement et la valorisation des droits réels. Un opérateur économique, quant à lui, est confronté, dans le cadre de l'exécution de marchés globaux, à des difficultés liées à la maintenance et à la performance, sans précisions particulières.

Concessions. Dans les sondages, selon un avocat, 3 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques⁶⁵³, les biens mobiliers incorporels sont difficiles à appréhender pour leurs services⁶⁵⁴.

Convention d'occupation domaniale. S'agissant des conventions d'occupation temporaire, un avocat et 2 autorités contractantes sondés rencontrent des difficultés lors de l'exécution du contrat vis-à-vis des biens mobiliers incorporels, une autorité contractante et un opérateur économique à propos des biens mobiliers corporels⁶⁵⁵. Un avocat, une autorité contractante et 2 opérateurs économiques relèvent des difficultés sur les biens immobiliers, en particulier en cas d'immeubles partagés ou le maintien des ouvrages construits par un occupant⁶⁵⁶.

Choix contractuels. Deux tiers des participants à l'enquête quantitative (11 sur 16, soit 68,75 %⁶⁵⁷) tiennent compte de ces difficultés d'exécution (liées au statut des biens) pour orienter leurs choix contractuels, notamment pour privilégier la location ou l'acquisition d'un

⁶⁵² Uniquement deux réponses ont été apportées.

⁶⁵³ Une autorité concédante a indiqué ne pas rencontrer de difficultés particulières. Les biens mobiliers corporels et les biens immobiliers ne soulèvent de difficultés en cours d'exécution des contrats de concession qu'auprès d'un avocat et d'un opérateur économique.

⁶⁵⁴ L'une d'elles admet que la question est rarement évoquée. La problématique principale est « *de savoir à qui appartiennent les acquis en cours de contrat, qui a la charge de l'entretien des biens et qui doit payer les futurs biens publics nécessaires à l'exécution du contrat, les stipulations n'étant pas toujours suffisamment claires à ce sujet* ». Une autre difficulté tient, selon un opérateur économique sondé au suivi de l'entretien et à la définition de l'état en fin de concession des biens.

⁶⁵⁵ Deux autorités contractantes ont indiqué ne pas rencontrer de difficultés particulières.

⁶⁵⁶ Peu de précisions ont été apportées, sur ce point, par les sondés à l'exception d'une difficulté à identifier le propriétaire d'un bien mobilier en début et fin de contrat. En outre, pour un avocat, 2 autorités contractantes et un opérateur économique, la constitution de droits réels engendre des difficultés « *notamment le changement de règles sur les marchés forains d'approvisionnement avec la création du fonds de commerce découplé de l'occupation domaniale* » (pour reprendre les propos de l'un d'eux). L'avocat souligne que la constitution de droits réels sur des biens domaniaux nécessite une définition des conditions d'utilisation, des durées et des responsabilités. Par ailleurs, il soulève des difficultés sur le transfert ou la cession des droits réels, si les règles de l'occupation domaniale ne sont pas respectées. Enfin, l'opérateur économique alerte sur le poids financier des droits réels qui engendrent des coûts, en plus des redevances.

⁶⁵⁷ Précisément : 3 avocats sur 3, 6 autorités contractantes sur 10 et 2 opérateurs économiques sur 3.

bien dans le cadre de l'exécution d'un contrat public. Pour une collectivité territoriale sondée, la location à long terme peut s'avérer économiquement plus intéressante plutôt que la cession ou l'acquisition d'un bien. Tel est le cas des logiciels informatiques où le prix varie en fonction d'un tel choix, comme l'explique un autre participant.

Nature des difficultés. Tant dans les entretiens que dans les sondages, les praticiens indiquent faire face à des difficultés en cas d'incompatibilité avec des réglementations spéciales, d'entretien et de maintenance, de réceptions partielles et sous-réserve, de garde, de mise à disposition et de transfert de sites. Des problématiques liées au foncier, aux servitudes et à la fiscalité ont aussi brièvement été mentionnées et méritent d'être évoqués d'entrée.

Foncier. Les difficultés liées au foncier sont principalement rencontrées par les autorités contractantes interviewées. Une première autorité contractante souligne, en effet, que même si des sondages sont réalisés avant la mise à disposition du bien, ce dernier peut être pollué par l'amiante entre deux sondages. L'autorité contractante fait ainsi face à un aléa qui relève de sa responsabilité de maître d'ouvrage public sauf si elle parvient à démontrer que la pollution résulte de l'entreprise.

Il convient également de noter que certains réseaux peuvent se retrouver impactés par l'implantation des biens, car ils vont être déviés ou modifiés puis remis en service par l'opérateur économique. En cas de dommage se pose la question de savoir si la responsabilité incomberait à l'autorité contractante ou à son cocontractant.

Lors des entretiens, deux autorités contractantes font cas de problèmes liés au cadastre, en particulier en présence de parcelles relevant du domaine public. L'une d'elles indique que *« les informations données par le cadastre sont imprécises ou erronées et nécessitent de faire intervenir systématiquement un géomètre »*. Cela génère de nombreuses difficultés avec les opérateurs économiques, car ils pourraient être amenés à intervenir, sur indication du maître d'ouvrage, sur un terrain appartenant à un tiers.

Néanmoins, les conflits de voisinage avec les tiers font généralement l'objet d'un règlement à l'amiable. Le vrai sujet avec les riverains demeure l'acquisition de leur foncier. Certaines autorités contractantes sont en effet tenues d'acquérir le terrain à la valeur vénale déterminée par Direction de l'immobilier de l'État (DIE). Or, les tiers refusent de vendre leur terrain à bas prix.

Servitude. Les difficultés propres aux servitudes dans l'exécution des contrats publics ne sont pas courantes. Seul un délégataire a indiqué rencontrer de telles difficultés qui sont à l'origine de retards et de surcoûts.

Fiscalité. Il en est de même pour des questions de fiscalité. Un avocat a admis être rarement amené à traiter de la fiscalité des biens dans les contrats publics. Les questions sont généralement traitées par des équipes spécialisées de son cabinet. Les entretiens n'ont pas permis de récolter suffisamment de données sur la dimension fiscale du bien dans les contrats publics. Les sondages, quant à eux, n'éclairent pas plus en raison du faible taux de réponse en la matière⁶⁵⁸.

En revanche, les enquêtés se sont montrés plus expressifs en ce qui concerne les problématiques liées aux réglementations spéciales (§I.), à l'entretien et la maintenance (§II.), ainsi qu'aux réceptions (§III.) et à la garde de l'ouvrage (§IV.).

§I. La conciliation des réglementations spéciales avec la domanialité publique et le droit des contrats publics

Droit de la propriété intellectuelle. Le droit de la propriété intellectuelle constitue l'une des principales réglementations spéciales devant être conciliées avec le droit des contrats publics. Un avocat interrogé estime que les débats sur la propriété intellectuelle sont de plus en plus récurrents notamment pour déterminer si les logiciels sont des biens pouvant relever du domaine public. Un deuxième avocat admet se référer à l'avocat spécialiste de la propriété intellectuelle de son cabinet lorsque de telles clauses sont amenées à figurer dans un contrat sur lequel il intervient pour vérifier si la clause est compatible avec le régime des biens dans les

⁶⁵⁸ Minoritairement, 2 autorités contractantes sur 8 et un opérateur économique sur 3 confient rencontrer des difficultés dans le paiement des charges fiscales compte tenu de la propriété de leurs biens. Une autorité contractante relève la complexité de l'articulation avec le droit fiscal et le fait que les titulaires redevables de l'imposition ne sont pas suffisamment avisés de leurs obligations fiscales. L'opérateur économique regrette, à ce propos, que les collectivités territoriales ne soient pas « *toujours claires en termes d'informations sur ce sujet* ». Dès lors, une autre autorité contractante recommande de spécifier dans les clauses du contrat la partie qui est redevable de la taxe foncière, ou de toute autre charge fiscale, pour éviter tout différend lors de l'exécution contractuelle. Par ailleurs, une autorité contractante indique reporter annuellement sur l'occupant la charge fiscale afférente aux biens. Une autre ne précise pas de régularité, mais confirme le faire dans 95 % des cas.

contrats publics. Il rencontre souvent des difficultés à identifier la partie concernée en cas d'atteinte à la marque ou de détournement.

Pour autant, les réponses des enquêtés sur la conciliation du droit de la propriété intellectuelle avec la domanialité publique et le droit des contrats publics concernent la détermination de la propriété. Les entretiens ne relatent pas de particulières difficultés dans l'utilisation de la propriété intellectuelle.

Principalement, les échanges lors des entretiens soulignent l'étendue du droit d'usage que souhaitent les collectivités. Celles-ci n'hésitent pas à demander l'exclusivité de l'utilisation du mobilier réalisé dans le cadre de la consultation tandis que l'opérateur économique aimerait capitaliser sur ce design auprès d'autres collectivités. Selon l'opérateur précité, *« les personnes publiques veulent une cession de droits exclusifs dans une certaine zone géographique, alors qu'il s'agit de mobiliers qui ont déjà été installés ailleurs »*.

Cette demande d'exclusivité entre en contradiction avec les clauses contenues dans les consultations postérieures aux candidats, la possibilité d'utiliser du mobilier reconditionné.

Œuvre d'art. Les questions ne se posent également que pour toutes les œuvres d'art qui deviennent des immeubles par destination. Les ouvrages sont énormément co-financés avec une logique de 2 % pour les œuvres d'art. La propriété intellectuelle apparaît lorsque l'on s'intéresse au dossier d'ouvrage exécuté (DOE) composé de plans et notes de calcul, comme l'explique un avocat :

« Ce document permet d'établir le DEIO (dossier exécuté d'intervention sur l'ouvrage) : c'est un peu le carnet de santé de l'ouvrage. Il y a donc un transfert de propriété intellectuelle au profit de l'autorité contractante. »

Police d'affichage publicitaire. Concernant uniquement les contrats de mobilier urbain, une autre réglementation a tendance à empiéter sur le droit des contrats publics. Il s'agit de la police des affichages publicitaires. Des mésententes entre le propriétaire du domaine, l'autorité contractante et l'autorité investie des pouvoirs de police d'affichage peuvent subvenir. C'est notamment le cas lorsque le mobilier urbain départemental est installé sur la voirie communale. Certaines collectivités lancent des consultations sur des domaines dont elles ne sont pas propriétaires. De nombreux obstacles peuvent subvenir, comme en témoigne un opérateur de mobilier urbain :

« Quand on installe un panneau, on est redevable d'une redevance ou d'une taxe. Mais lorsqu'on est sur une route départementale, on peut recevoir deux demandes : celle du département qui nous demande de nous acquitter d'une redevance [d'occupation du domaine public] et celle de la commune qui impose le paiement d'une taxe [locale facultative sur la publicité extérieure]. On ne sait pas toujours ce qu'on doit prioriser, même si une réponse ministérielle de 2022 impose un principe de non-cumul et de priorité chronologique. »

Cependant, les collectivités territoriales font fi de ce principe, selon l'opérateur économique, car elles ne reconnaissent aucune valeur normative et contraignante à la réponse ministérielle.

Des difficultés surviennent lorsque le président du conseil départemental avec qui le contrat est signé et le maire compétent en matière de police des affichages publicitaires ne s'entendent pas. Pour anticiper ces difficultés, l'opérateur a pris l'habitude de proposer à la collectivité d'introduire une « *clause de réexamen pour se protéger* ».

De surcroît, l'autorité en charge d'édicter le règlement local de publicité, lorsqu'elle diffère de l'autorité contractante, peut interdire dans ce règlement la publicité à un endroit où des panneaux doivent être installés. L'opérateur plaide ainsi pour que les villes puissent disposer des droits sur les espaces sur lesquelles elles n'ont pas de compétence avant de signer les contrats.

Enquête quantitative. Dans le cadre des sondages en ligne, 14 participants sur 22 (soit 63,64 %⁶⁵⁹) éprouvent des difficultés juridiques ou opérationnelles résultant de l'application d'une réglementation spéciale⁶⁶⁰.

RGPD. Tout d'abord, deux autorités contractantes partagent des difficultés tenant à l'application du Règlement général sur la protection des données (RGPD)⁶⁶¹ aux titulaires et à leurs différents sous-traitants. L'une précise que cette réglementation est complexe à mettre en

⁶⁵⁹ Précisément : 2 avocats sur 4, 9 autorités contractantes sur 13 et 3 opérateurs économiques sur 5.

⁶⁶⁰ La propriété intellectuelle réapparaît ici auprès de 2 autorités contractantes. L'une d'elles précise que : « *Le droit de propriété intellectuelle est plus délicat à gérer en pratique, compte tenu de la spécificité de cette matière, et des montages parfois complexes de ces marchés puisque les opérateurs imposent quasi systématiquement la signature de contrat de licence- maintenance dans le corps de l'offre.* »

⁶⁶¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JOUE*, L 119 du 4.5.2016, p. 1–88.

œuvre dans les marchés publics « *en raison de sa nouveauté relative et du mécanisme mis en place (il est difficile d'identifier les acteurs concernés, les actes concernés, les données concernées)* ». Cependant, deux autres autorités contractantes estiment que le RGPD est aujourd'hui suffisamment connu. Pour elles, la problématique relève plus du contrôle effectif sur les données traitées que d'un aspect juridique *stricto sensu*.

Droit de l'environnement. Ensuite, une autorité contractante relève les effets de la réglementation environnementale sur les biens dans le cadre de l'exécution d'un contrat public. Elle écrit que :

« Le droit de l'environnement est une source de difficultés pratiques, puisque sa parfaite mise en œuvre implique une grande maturité des acheteurs, mais aussi des opérateurs économiques. Or ceci n'est pas toujours le cas, notamment lorsqu'on cherche à intéresser des PME et TPE. Ceci peut faire peur. »

À ce titre, et sans précision particulière, un avocat souligne les difficultés engendrées par l'articulation entre la remise en état d'une ICPE et celle au titre de la convention d'occupation domaniale.

Politiques publiques. Enfin, pour une dernière autorité contractante, ce ne sont pas tant les réglementations spécifiques qui pèsent sur l'utilisation des biens en cours d'exécution d'un contrat public, mais plutôt « *la mise en œuvre de politiques publiques changeantes dans la commande publique* ».

Compatibilité au CCP et au CGPPP. Pour un avocat, 3 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques sondés, les réglementations spéciales ne sont pas adaptées au Code de la commande publique ou au Code général de la propriété des personnes publiques⁶⁶². Elles devraient, pour l'une d'elles, être intégrées dans les CCAG ou CCAP. Pour une autre, la question pourrait être posée différemment : « *Le Code de la commande publique est-il adapté aux objectifs des législations environnementales ou à la loi du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, couramment appelée « loi EGAlim » ?* » Ceci relance les discussions de la pertinence d'affecter aux contrats de la commande publique plusieurs objectifs

⁶⁶² Pour autant, un opérateur économique indique que ces contraintes sont intégrées par la pratique.

horizontaux, au-delà de la lutte contre la corruption et de la bonne gestion des deniers publics, notamment pour répondre à des préoccupations sociales et environnementales⁶⁶³.

Constats. Ainsi, les réglementations spéciales sont de nature à générer des litiges entre les opérateurs économiques et les autorités contractantes. Il ressort de l'enquête, en effet, que les discussions sur la propriété intellectuelle sont récurrentes, surtout en ce qui concerne la propriété des logiciels. Cela est dû au fait que les collectivités territoriales exigent de disposer de tous les droits sur ces biens incorporels et ne disposent que rarement de personnel qualifié en la matière pour comprendre les enjeux. En outre, la police des affichages publicitaires peut créer des difficultés en matière de redevances et de taxes lorsque l'autorité compétente en matière de police des affichages et l'autorité contractante sont différentes. Les mésententes politiques entre les différentes personnes publiques exerçant sur un territoire peuvent se traduire par des réglementations hostiles à l'exécution de certains contrats.

§II. Les difficultés liées à l'entretien et la maintenance

Présentation des résultats. L'entretien et la maintenance ont suscité plusieurs réactions de la part des enquêtés, tant lors des entretiens (A.) que des sondages (B.).

A. Les retours des interviewés

Suivi. Un avocat intervenant auprès des autorités délégantes reconnaît que le suivi, notamment dans les délégations de service public d'eau, d'assainissement et de stationnement, n'est pas toujours effectué par les personnes publiques :

« Les services vont avoir une approche très pragmatique qui ne se conforme pas forcément au contrat, en raison d'autres priorités au moment des prises de décisions opérationnelles. Le plan de renouvellement peut ne pas être respecté. On a de plus en plus de

⁶⁶³ Sur ce point, voir les actes publiés du colloque de la Chaire de droit des contrats publics sur l'efficacité de la commande publique.

protocoles de fin de contrat dans les délégations de service public, eaux et assainissement. Cela devient plus problématique lorsque le nouveau concessionnaire est le même que le précédent, car il essaie de faire croire que le plan de renouvellement n'a pas été suivi et de l'inclure dans sa nouvelle offre. Il y a une perte économique pour les collectivités qui paient plus cher. »

Pour se dédouaner, une autorité contractante explique que les contrôles réguliers ne peuvent être effectués en cours de contrat, compte tenu du nombre de contrats gérés : « *On a plus de cent vingt contrats de délégation. On fait peu de vérifications sur le terrain* ». Une autre autorité contractante admet aussi les difficultés dans le suivi :

« Un contrat nécessite un suivi et un contrôle de sa bonne exécution. Il faut s'en donner les moyens, mais parfois dans les directions opérationnelles, les équipes ne sont pas dimensionnées en termes d'effectif ou de compétence. Elles vont généralement se concentrer sur la partie opérationnelle du contrat en excluant le bon entretien et la maintenance. Quand on a des plans GER, il y a une planification : mais elle se limite au gros entretien de renouvellement. On a une fois par an un rapport d'activité au titre duquel le concessionnaire doit nous faire part de toutes les actions de maintenance menée. Ce n'est que déclaratif. Il serait peut-être utile de faire des vérifications sur place. »

Entretien normal. Les débats sur l'entretien normal des biens et leur vétusté lors des états des lieux de sorties sont donc inévitables, car l'opérateur économique n'est pas souvent du même avis que l'autorité contractante. L'avocat précité évoque un marché public global de performance dans lequel le mainteneur, n'intervenant qu'*a posteriori*, ne pouvait se prévaloir d'un défaut de conception pour justifier la non-atteinte de ses objectifs de performance. Cette situation était causée par « *la définition insuffisante de ce qui était attendu en termes de maintenance* ».

La répartition des charges en matière de maintenance et d'entretien constitue l'une des principales problématiques en matière d'utilisation des biens.

« On veut arriver à mettre le curseur au bon endroit. Il s'agit de savoir ce que l'on donne au délégataire et qu'est-ce que la collectivité prend

à sa charge. On a une pluralité d'équipements avec une pluralité de niveaux et de matrices », explique une autorité contractante. »

Les interrogations sur la partie à qui incombe la charge de l'entretien ou de la maintenance interviennent bien souvent en pleine exécution. Les contrats complexes sont épargnés par ces problématiques, car les clauses sont assez claires sur ce point : l'opérateur économique est responsable de l'entretien et de la maintenance.

Les questions peuvent aussi se poser en fin de contrat, notamment en cas de changement de délégataire. Un autre avocat estime en effet que l'état des biens à la fin du contrat est scruté et est souvent source de litiges : *« Les clauses sont mal rédigées sur l'état attendu des biens en fin de concession (notamment la notion d'entretien normal), il y a également peu de jurisprudence sur ce sujet »*. Il milite en faveur de l'établissement d'une *« règle claire de l'état normal d'entretien avec une grille détaillée en fonction du service public en question »*.

Le dernier avocat à s'être prononcé sur ce point abonde dans ce sens en incitant les autorités contractantes à préciser davantage les notions d'entretien normal ou de bon entretien dans les contrats et à contrôler suffisamment leur effectivité. En attendant et en raison de l'incertitude autour de ces notions, le protocole de fin de contrat tend à se généraliser afin de pallier le silence du contrat.

Les difficultés en matière d'entretien et de maintenance d'un ouvrage sont aussi dues à des problèmes pratiques. Une autorité contractante admet en effet que l'environnement dans lequel le bien est implanté n'est pas suffisamment pris en considération lors de la rédaction du contrat. Elle se souvient en cela d'un ouvrage en montagne dont la corrosion s'est accélérée en raison de l'utilisation du sel de neige :

« On n'avait pas pensé l'ouvrage dans son environnement. On a donc demandé à l'entreprise de réintervenir pour mettre de la peinture. L'ouvrage n'avait pas été réceptionné pour des questions de garantie (qui rentrent énormément en ligne de compte quand on reprend un ouvrage). »

L'exemple de trappes de pont ou de visite, qui, une fois conçues, sont situées à vingt-sept mètres de hauteur, constitue également une illustration topique de ces difficultés pratiques. L'autorité contractante explique à cet effet :

« On s'est rendu compte qu'il fallait un dispositif spécial pour intervenir pour son entretien et sa maintenance. Le contrat a été modifié pour intégrer cela. Il n'y a pas eu de réception définitive. L'exécution du marché nous a mis en évidence certains problèmes. On ne fait toutefois pas exprès de ne pas réceptionner. »

Toutefois, les différends sur l'état d'entretien des biens en cours de contrat ne sont pas légion à en croire une autre autorité contractante :

« On a eu un cas sur un équipement sportif où des usagers avaient écrit à la ville pour faire part d'un mauvais entretien. On était sur l'état de propreté des locaux. Une mise en demeure a été faite au délégataire. »

Côté opérateurs économiques, l'entretien et la maintenance des biens ne semblent pas poser des difficultés juridiques. *« Juridiquement, il n'y a pas de difficultés particulières. Nous avons des programmes maîtrisés définis dans le contrat et l'entretien s'effectue en continu depuis le début de la concession »*, se réjouit un concessionnaire.

Les titulaires de contrats de mobilier urbain ne relèvent également pas de difficulté majeure. L'enquête signale que :

« L'entretien et la maintenance se négocient. Dans 99 % des contrats, on met à disposition du matériel et à la fin du contrat, on le démonte. Les collectivités veulent souvent garder le mobilier. À la fin du contrat, elles veulent que le mobilier soit en bon état. On leur remet le mobilier en bon état d'usage normal. »

Pour s'assurer du bon état d'entretien des biens, *« les villes contrôlent les mobiliers urbains pour faire des états des lieux contradictoires, trois à quatre mois avant la fin du contrat »*. Le règlement est alors souvent amiable en cas de désaccord. *« On n'a jamais de contentieux sur ce point précis »*, poursuit l'opérateur économique.

Toutefois, les modalités de contrôle de l'effectivité de l'entretien paraissent discutables pour certains opérateurs. Un premier opérateur estime en effet que le passage d'une obligation de résultat à une obligation de moyens n'est pas sans inconvénient pour les concessionnaires :

« Pour l'entretien, les autorités concédantes optent progressivement pour des obligations de moyens plutôt que des obligations de résultat. Il est plus simple de contrôler une obligation de moyens pour de

l'entretien de longue durée. Seulement, en imposant un nombre de passages annuel pour l'entretien d'une infrastructure, par exemple, on finit par passer à des endroits ou à des moments inutiles. On nous demande d'ailleurs beaucoup de décrire des politiques d'entretien et de maintenance avec des critères ou des seuils stricts pour enclencher l'entretien. Dans la pratique, l'intelligence du concessionnaire est d'adapter l'entretien au bon moment et de ne pas avoir de règles strictes et arbitraires. Le glissement à une obligation de moyens est finalement inefficace en termes de productivité, en termes de rentabilité et en termes socio-économiques. »

D'autres concessionnaires identifient des moyens leur permettant de se « décharger du risque de maintenance » en le sous-traitant. Ils font en effet le choix de confier, moyennant un forfait, à un sous-traitant.

Constats. Les enquêtés, qu'ils s'agissent des autorités contractantes ou des opérateurs économiques, admettent que les contrôles de l'entretien des biens dans les contrats publics sont rarement réalisés par les personnes publiques. Les désaccords sur l'état des biens en fin de contrat sont alors fréquents. Par ailleurs, les contrats ne tiennent pas toujours suffisamment compte de l'environnement des biens dans lesquels l'immeuble sera implanté. En outre, la tendance de certaines autorités contractantes à privilégier soumettre l'entretien des biens à une obligation de moyens plutôt qu'à une obligation de résultat est perçue, par un opérateur économique comme inefficace. Les critères établis dans les clauses du contrat, en matière d'entretien, n'offrent pas suffisamment de marge de manœuvre au concessionnaire pour lui permettre d'optimiser l'exécution de son obligation de moyens.

B. Les retours des sondés

Marchés publics. Dans le cadre de l'enquête quantitative, 10 enquêtés sur 17 (soit 64,71 %⁶⁶⁴) confient rencontrer des difficultés sur l'entretien et la maintenance d'un bien dans les marchés publics (classiques, globaux ou de partenariat). Un avocat estime qu'il est

⁶⁶⁴ Soit : 4 avocats sur 4, 5 autorités contractantes sur 11 et 1 opérateur économique sur 2.

nécessaire de clarifier la qualité, le coût et le périmètre de l'entretien ou de la maintenance pour éviter des différends parfois longs et coûteux. Un de ses confrères abonde en ce sens :

« Il y a un manque de clarté, dans les contrats, sur la responsabilité de la maintenance ou la répartition des risques en cas de sinistre ou d'imprévus en cours de chantier (normes changeantes, gros travaux). Il faut prévoir d'être réactif pour faire face aux urgences. Il convient, en amont du contrat, de prévoir une définition claire avec une matrice des risques (probabilité, effets et actions), ainsi que des clauses de réexamen et des pénalités pour l'indisponibilité. En cours de chantier, il est alors possible de gérer les travaux supplémentaires par avenant ou par ordre de service ou une base de réclamation. »

Pour une collectivité territoriale, ce sont principalement des difficultés opérationnelles, la formation technique n'étant pas toujours adaptée. Une autre autorité contractante explique sa stratégie reposant sur les pénalités contractuelles :

« La difficulté va se porter en général sur le bon calibrage des prestations et des pénalités associées en cas de défaillance. Pour y remédier, nous prévoyons des pénalités peu sévères, mais en contrepartie, nous enlevons le caractère libératoire de celles-ci, afin que les opérateurs portent in fine la responsabilité de leurs éventuelles mauvaises exécutions. »

Pour 7 sondés sur 22 (soit, 31,82 %⁶⁶⁵), il est nécessaire de préciser les dispositifs relatifs à l'entretien et la maintenance dans les marchés publics.

Concessions. S'agissant des contrats de concession, 4 répondants sur 8 (soit 50 %⁶⁶⁶) partagent des difficultés en matière d'entretien et de maintenance. Une autorité contractante précise que certaines réparations ne sont prises en charge ni par le concédant ni par le concessionnaire, de même pour le matériel endommagé par des sinistres, d'autant que les assureurs refusent souvent leur prise en charge. Un avocat confirme ce propos en ajoutant les mises aux normes en cours de chantier ou d'exploitation, ainsi que les grosses réparations. C'est pourquoi les deux recommandent d'être plus précis sur la répartition de la prise en charge, « afin qu'il n'y ait pas de situation non traitée, ou le moins possible, par le contrat qui entraîneraient

⁶⁶⁵ Soit : 1 avocat sur 6, 5 autorités contractantes sur 13 et 1 opérateur économique sur 4.

⁶⁶⁶ Soit : 2 avocats sur 2, 1 autorité contractante sur 4 et 2 opérateurs économiques sur 2.

des désaccords interminables pénalisant l'exploitation du service ou de l'ouvrage ». En tout état de cause, un autre avocat alerte sur une tendance, auprès de certaines autorités concédantes, à vouloir obtenir des biens remis à neufs à travers de telles obligations de remise en bon état d'entretien et de bon fonctionnement des biens de retour, allant au-delà du nécessaire.

Dès lors, pour 4 sondés sur 10 (soit 40 %⁶⁶⁷), des précisions devraient être apportées aux obligations d'entretien et de maintenance dans les contrats de concession. En ce sens, un avocat, 2 autorités concédantes et 2 opérateurs économiques prévoient dans leurs documents contractuels des obligations de restitution dans un parfait état de fonctionnement des biens de retour⁶⁶⁸. L'avocat et l'une des deux autorités contractantes précisent cette obligation dans une clause dédiée. La deuxième autorité contractante institue, elle, des vérifications menées par la collectivité territoriale, au besoin après expertise judiciaire.

§III. Les difficultés résultant de la réception partielle et de la réception avec ou sous réserve

Présentation des résultats. Selon deux autorités contractantes interviewées, l'un des points de cristallisation avec les opérateurs économiques, dans les marchés publics, concerne l'utilisation des biens avant la réception, car il n'est pas possiblement formellement de réceptionner l'ouvrage, en particulier sur des projets complexes avec destruction, déviation et reconstruction de voiries et réseaux divers⁶⁶⁹. Ceci complexifie la détermination de la responsabilité en cas de besoin. De son côté, une entreprise rapporte, dans le cadre des sondages, rencontrer des difficultés dans l'exécution de ses marchés publics de travaux en raison de l'intervention d'un maître d'ouvrage public sur des ouvrages non réceptionnés (ou des parties d'ouvrages non réceptionnées).

La réception d'un ouvrage n'est toutefois pas anodine, car, comme le confient un opérateur économique et une autorité contractante lors des entretiens, elle peut affecter la propriété du bien. Au sein de leurs services respectifs, deux mouvements contradictoires s'observent sur l'accession à la propriété. Certains de leurs juristes considèrent, en suivant la

⁶⁶⁷ Soit : 1 avocat sur 2, 1 autorité contractante sur 4 et 2 opérateurs économiques sur 2.

⁶⁶⁸ En somme, 5 sur 7 participants ayant répondu à la question prévoient de telles clauses.

⁶⁶⁹ L'une de ces autorités contractantes précise pratiquer la réception partielle lorsque la partie de l'ouvrage est mise à disposition de tiers et divisible du reste de l'ouvrage.

doctrine, que la propriété découle de la réception de l'ouvrage. D'autres estiment que la propriété du bien s'acquiert à mesure du paiement des travaux. Ainsi, certaines parties d'ouvrages pourraient être de la propriété de l'autorité contractante sans réception préalable.

C'est pourquoi la Chaire a souhaité consacrer une partie de ses enquêtes à cette phase d'un chantier. Des enquêtés ont ainsi témoigné de quelques difficultés dans la mise en œuvre de la réception partielle (A.) et celle de la réception avec ou sous réserve (B.).

A. La réception partielle

Enquête qualitative. La réception partielle est généralement pratiquée par une autorité contractante lorsqu'elle entend mettre le bien à la disposition des tiers. Une autre autorité contractante y a recours même quand il ne s'agit pas d'un bien devant être mis à la disposition des tiers. En effet, elle admet la réception partielle lorsque le bien est dissociable et ne constitue pas un ensemble homogène avec l'ouvrage principal et qu'un délai particulier y est associé. Ces deux conditions que l'autorité contractante présente comme cumulatives ne sont, à l'en croire, pas toujours perçues de la même façon par les opérateurs économiques :

« La réception partielle doit être prévue au contrat. Ce n'est pas parce qu'on ordonnance un marché que ça emporte réception partielle. Beaucoup d'entreprises considèrent qu'on peut envisager la réception partielle sans prévoir des délais. On sait qu'elles veulent se dégager de leur responsabilité, mais on ne peut pas raisonner de cette façon. »

L'absence de réception est aussi pratiquée. Un opérateur économique mentionne également le cas où une autorité contractante, souhaitant utiliser un ouvrage, prend possession de celui-ci sans le réceptionner. C'est notamment le cas des tunnels. Or, les garanties ne peuvent démarrer en l'absence de réception. Une autorité contractante rétorque toutefois qu'il serait impossible de faire une prise de possession sans réception, du moins tacite.

Au-delà de ces cas de figure, les personnes publiques se refusent à appliquer la réception partielle. Une des autorités interrogées a en effet choisi de déroger à l'article 41 du CCAG travaux qui dispose que chaque délai partiel implique une réception partielle :

« On a des dizaines de délais partiels qui viennent fixer les principales étapes de nos marchés. Ne pas déroger au CCAG implique de faire une

vingtaine de réceptions partielles. Cela n'est pas pratique, car une réception fait démarrer les garanties. On préfère qu'il y ait une réception unique de l'ouvrage pour que toutes les garanties démarrent en même temps. »

Pour un avocat, la réception partielle génère des difficultés liées aux responsabilités et aux garanties :

« On ne peut pas cloisonner complètement la partie du bien réceptionnée de ce qui n'est pas réceptionné. Le contrat est souvent peu clair sur ce point. Il faut alors faire un protocole. C'est encore plus fort dans le cadre d'une résiliation aux frais et risques, car on va faire des constats pour avoir une image de qui a fait quoi et à quel moment. L'acheteur prend cette décision, car la situation est embourbée, et il va perdre in fine des garanties qui lui sont accordées par le contrat ou la loi. Car, il y a des questions sur le fait générateur et l'imputabilité. On ne dispose pas d'outils pertinents. »

Si le BIM constitue un moyen de remédier à cette activité, l'avocat reconnaît que peu de collectivités y ont recours en raison du coût. Il existe cependant d'autres outils, notamment dans certaines délégations de service public, comme l'illustre ce même avocat :

« Dans les DSP eaux et assainissement, il y a le SIG qui est une sorte de cartographie précise des équipements et des installations avec des données précises (caractéristiques techniques, date d'installation, etc.). Comme c'est une gestion aux frais et risques du titulaire, les opérateurs économiques comprennent l'intérêt de ces outils numériques. Leur mise en place est portée par les titulaires. »

Un autre avocat ne relève pas de difficultés particulières en matière de réception partielle : *« Cela fonctionne plutôt bien. Il est parfois possible d'avoir des réceptions partielles avec ensuite des refus de réception, mais c'est rare de rencontrer des difficultés sur ce point ».*

Du point de vue des opérateurs économiques, la réception partielle est perçue notamment comme une source de difficultés financières, comme l'affirme un opérateur économique :

« Dans le cas où le concédant se fait accompagner par un bureau de vérification chargé d'émettre le procès-verbal de réception, la question se pose de savoir si l'émission de ce procès-verbal suffit à déclencher le dernier paiement ou si une décision de validation de ce procès-verbal s'avère nécessaire. »

Enquête qualitative. Les sondés ont été moins nombreux à relever des difficultés en matière de réception partielle.

Marchés publics. Les résultats des sondages en ligne révèlent qu'une faible majorité de répondants (9 sur 16, soit 56,25 %⁶⁷⁰) font face à des difficultés juridiques ou opérationnelles en matière de réception partielle d'un ouvrage ou d'installations dans les marchés publics (classiques, globaux ou de partenariat). Rares sont les précisions apportées par les sondés sur les problèmes rencontrés.

Une seule autorité contractante a souhaité commenter sa réponse. Dans sa pratique, la réception partielle s'avère être *« toujours une opération délicate, notamment en termes de transfert de propriété et surtout de transfert de garde »*. Partant, elle recommande d'encadrer avec précision la phase de réception partielle dans les documents du marché. Et, lorsque le contrat ne prévoit pas la phase de réception partielle, un avocat estime nécessaire de procéder par un protocole transactionnel pour acter la réception partielle. En tout état de cause, pour un opérateur économique, *« les pouvoirs adjudicateurs ont tendance à imposer une réception globale pour tous les cotraitants alors que les réceptions pourraient être séparées et donc faciliter les paiements pour certains cotraitants »*. Ceci est confirmé par une autre entreprise qui confie se voir régulièrement opposer un refus à des propositions de réception partielle, même si les documents contractuels prévoient ladite modalité.

Alors que les autorités contractantes n'estiment pas majoritairement observer de difficultés particulières en matière de réception partielle, des résultats des sondages interrogent. En effet, 6 autorités contractantes sondées sur 13 (soit plus que le nombre de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices qui ont admis rencontrer des difficultés en la matière) souhaitent des précisions sur la réception partielle, sans détails supplémentaires. Cette donnée doit être prise avec précaution au regard des retours d'expérience précédemment évoqués. Du côté des avocats et des opérateurs économiques, 4 d'entre eux suivent les autorités

⁶⁷⁰ Précisément : 3 avocats sur 4, 4 autorités contractantes sur 10 et 2 opérateurs économiques sur 2. Parmi eux, un organisme public précise que ces difficultés sont exceptionnelles, ses services étant généralement performants.

contractantes, sans non plus apporter de précisions. Pour autant, le résultat est, ici, cohérent avec les constats précédents.

Concessions. Unanimentement, les autorités concédantes sondées ne rencontrent pas de difficultés en la matière. Un seul avocat explique que ses clients parviennent rarement à faire accepter au maître d'ouvrage public la réception partielle d'un ouvrage (lorsque ceci est possible) accompagné d'une réduction de l'assiette des pénalités pour les retards dans l'achèvement du reste de l'ouvrage. Ceci ne semble, *a priori*, aucunement spécifique aux contrats de concession. Pour autant, aucun enquêté ne souhaite d'évolution sur les dispositifs relatifs à la réception partielle.

B. La réception avec ou sous réserve

Peu de difficultés. Les enquêtés n'ont pas été nombreux à partager des difficultés en matière de réception avec ou sous réserve. Ces réceptions ne semblent donc pas poser de questions particulières, à l'exception de la réception sous réserve d'épreuve.

Réception sous réserve d'épreuves. En effet, dans le cadre des entretiens, il ressort qu'un certain type de réserves est à l'origine d'incertitudes, notamment la réception sous réserve d'épreuves qui permet de rapporter la réception si les épreuves ne sont pas concluantes. Il en va aussi de la réception avec réserves en cas d'imperfection ou de non-çon. Les maîtres d'ouvrage considèrent, en effet, que la non-çon signifie que les travaux ne sont pas achevés. Ils estiment donc que tant que la tâche n'est pas accomplie, les travaux ne sont pas terminés. Ainsi, malgré la réception, ils continuent d'appliquer des pénalités de retard.

De même, certains défauts difficilement réparables qui ne présentent pas de caractère de difficulté peuvent donner lieu à une réfaction du prix. Cependant, une autorité contractante souligne que la réception sous réserve d'épreuves est très peu développée par le CCAG travaux :

« Les épreuves sont totalement indispensables pour vérifier le fonctionnement du système. Or, Le CCAG ne dit rien tant sur le point des départs des garanties que sur les incidents sur la phase de soldes. On pense que ça suit le régime de la réception sous réserve de

prestations à exécuter. Mais ça serait beaucoup plus simple si le texte le disait. »

Les réceptions sous réserve d'épreuves concluantes sont pourtant très fréquentes dans son domaine d'activité. Un autre interviewé considère que certaines lois régissant des personnes publiques peuvent avoir des effets contraignants en obligeant l'acheteur à transférer le bien à l'exploitant qui se chargera de l'épreuve :

« On est contraint de transférer et de permettre à l'exploitant de faire l'épreuve. On réceptionne sous réserve de l'épreuve de marche à blanc. On teste avec la mise en fonctionnement puis trois mois après sa mise en fonctionnement. On vérifie ensuite si les atteintes de performance en mode de fonctionnement correspondent à ce qui était demandé. La problématique est qu'alors même qu'on a réceptionné sous cette condition, si demain on se retrouve avec un dysfonctionnement, on n'a pas la possibilité de revenir à l'étape d'avant la réception pour que la garantie reparte à zéro, car le service a déjà été mis en exploitation du public. Le CCAG, de même que la jurisprudence, est muet sur ce point. On ne sait pas comment traiter une telle problématique ».

La possibilité pour la personne publique de faire réparer l'ouvrage aux frais du titulaire ne fait pas l'objet d'un consensus. Même si les clauses contractuelles peuvent prévoir « l'annulation du démarrage de la garantie sur le dysfonctionnement », le titulaire peut estimer que le défaut ne relève pas de la période de garantie, car il aurait pu être réglé avant. Selon l'autorité contractante précitée, « le titulaire peut ainsi refuser d'intervenir. Comme on ne peut pas annuler de réception, on ne sait pas quoi faire ».

Résultats des sondages. L'enquête quantitative confirme la tendance des entretiens à ne pas considérer la réception avec ou sous réserve comme engendrant de difficultés particulières. Pour autant, certains sondés ont apporté quelques précisions en fonction de la nature du contrat.

Marchés publics. La réception avec réserve n'est pas perçue comme une source importante de difficultés pour 9 sondés sur 16 (soit 56,25 %⁶⁷¹). Pour autant, 7 autres rencontrent des difficultés à cette phase du marché. Pour l'un d'eux, elles tiennent à la levée

⁶⁷¹ Précisément : 2 avocats sur 3 et 7 autorités contractantes sur 11.

des réserves. Pour une autorité contractante, il s'agit principalement de l'exhaustivité des réserves. Selon cette dernière, il convient de parfaitement retranscrire dans le procès-verbal et dans le référencement précisément les départs de garanties « *pour éviter les oublis ou les mélanges* » avec « *la mise en place d'un tableau synthétique* ». Ceci permettrait de réduire les risques de prescription de la garantie. Un opérateur économique confirme cette opinion. Cette entreprise recense plusieurs points : l'absence de définition du type de réserve dans les pièces contractuelles (dont les réserves mineures, majeures ou bloquantes), ou le délai de levée des réserves qui n'est pas toujours défini, ou encore la proposition de réfaction sans justification du montant proposé. Au-delà, et suivant les propos d'un autre opérateur économique, la réserve d'un cotraitant impacte les autres cotraitants pour qui les équipements pourraient être réceptionnés indépendamment.

S'agissant de la réception sous réserve, les constats sont similaires puisque 2 avocats et 4 autorités contractantes indiquent rencontrer des difficultés opérationnelles et juridiques. Outre, là encore, les difficultés tenant à la levée des réserves, une autorité contractante explique qu'une telle levée « *conduit à renoncer à obtenir une juste reprise des réserves* », d'autant que la retenue de garantie de 5 % n'est pas suffisamment protectrice de la collectivité. Une autre autorité contractante souligne, quant à elle, les difficultés tenant au point de départ du délai de production du projet de décompte général et définitif du titulaire du marché lorsque la réception est prononcée sous réserve de l'exécution concluante d'épreuves⁶⁷² ou en raison du refus par le titulaire de la proposition de réfaction de prix du maître d'ouvrage⁶⁷³, car le CCAG-Travaux ne le précise pas, à la différence de la réception sous réserve de l'exécution des travaux non exécutés et devant donner lieu à paiement⁶⁷⁴. Enfin, un organisme public explique insérer dans ses contrats une garantie de parfait achèvement pour renforcer la sécurité de ses dispositifs de réception sous réserve.

Dès lors, 6 enquêtés sur 22 (soit 27,27 %⁶⁷⁵) souhaitent des précisions sur la réception avec réserve, et 7 sur 22 (soit 31,82 %⁶⁷⁶) sur la réception sous réserve, notamment car « *la distinction est subtile et mériterait un dispositif juridique précis et clair* » (pour reprendre les propos de l'une d'elles). Pour un opérateur économique, le support idéal est le contrat qui doit

⁶⁷² CCAG-Travaux, art. 41.4.

⁶⁷³ CCAG-Travaux, art. 41.7.

⁶⁷⁴ CCAG-Travaux, art. 41.5.

⁶⁷⁵ Précisément : 1 avocat sur 5, 4 autorités contractantes sur 13 et 1 opérateur économique sur 4.

⁶⁷⁶ Précisément : 1 avocat sur 5 et 6 autorités contractantes sur 13.

stipuler les définitions claires des réserves et leurs effets (mineurs, majeurs ou bloquants), ainsi que la détermination des délais de levée des réserves adaptés.

Concessions. Unanimentement, les autorités concédantes sondées ne rencontrent pas de difficultés relatives à la réception avec ou sous réserve⁶⁷⁷. En revanche, un avocat regrette, en matière de réception sous réserve, que la justification discutable de certaines réserves émises, ainsi que la courte durée parfois prévue pour lever les réserves.

Constats. Lorsqu'elles ont le choix, les autorités contractantes préfèrent ne pas prévoir de réception partielle dans leurs contrats, pour avoir une meilleure lisibilité sur le départ des garanties. La coactivité constitue d'ailleurs un facteur dissuasif. Si les autorités contractantes disposent de moins de marge de manœuvre en matière de réception sous réserve d'épreuves, ce type de réserve s'imposant dans certains domaines, elles semblent souvent démunies face aux incertitudes juridiques que cette réception fait peser notamment en cas de dysfonctionnement de l'ouvrage.

§IV. Les difficultés liées à la garde de l'ouvrage, à la mise à disposition et au transfert de site

Gestion contractuelle. Les questions de garde de chantier et de surveillance sont gérées contractuellement, en pratique. Un premier expert indique en ce sens que les autorités contractantes disposent en règle générale « *de toute une logistique* » et que « *l'essentiel des travaux est organisé de nuit pour limiter autant que possible les interdictions de circulation qui sont dommageables pour l'entreprise et pour les usagers* ».

Coactivité. Les problèmes de garde sont accentués par la coactivité, car beaucoup d'entreprises interviennent en même temps. « *En termes de sécurité et d'organisation, ça nécessite beaucoup d'aménagement* », fait savoir une autorité contractante.

En revanche, pour un opérateur économique, la garde des ouvrages ne pose pas de difficultés majeures. Ce concessionnaire considère en effet que « *la garde repose sur le*

⁶⁷⁷ Deux opérateurs économiques (pour la réception avec réserve) et un avocat (pour la réception sous réserve) ont indiqué rencontrer des difficultés en la matière, mais en l'absence d'explication, l'exploitation de cette donnée est impossible, d'autant qu'ils n'estiment pas nécessaires des précisions aux dispositifs de réception avec réserve ou sous réserve (contrairement à une autorité concédante, sans détails).

constructeur [sous-traitant] qui doit mettre les moyens suffisants pour l'assurer ». Il précise à cet effet les modalités de la garde :

« Nous pouvons parfois imposer, non pas un gardiennage, mais un chantier clos (lorsque cela est possible). Généralement, cela reste à l'appréciation du constructeur. Ce qui peut arriver parfois, ce sont des problématiques de dégradation, notamment lors de manifestations. Dans ce cas, nous échangeons et discutons avec le constructeur pour trouver un équilibre intelligent : ce n'est pas forcément le droit qui va déterminer la démarche et la solution. On essaie d'avoir une approche rationnelle et pragmatique. »

Code civil. Si, en droit commun des contrats, « le Code civil permet de régler la question de la coactivité, car la personne qui travaille sur un périmètre a la garde du périmètre en question », le droit de la commande publique et sa pratique paraissent moins claires sur ce sujet, d'où les difficultés relevées par une autorité contractante :

« Initialement dans nos marchés, pour faciliter, la règle était qu'une seule titulaire avait la garde. Il s'agit souvent des premiers titulaires. Ça les obligeait à se maintenir sur le périmètre bien au-delà de l'exécution de leurs travaux, eu égard aux nombreux retards. Les cahiers des charges des autres titulaires ne leur permettaient pas d'avoir la garde automatique comme le prévoit le Code civil. »

Pour une deuxième autorité contractante, « l'opérateur économique a la garde. Il est responsable de l'ouvrage et de tous les désordres ». Toutefois, en cas d'allotissement, ce postulat est moins évident. Les personnes publiques sont en effet confrontées à une « vraie difficulté » pour déterminer « qui a la garde de quoi, qui est responsable de quoi ». Elle admet que la garde ainsi que son encadrement demeurent un aspect non négligeable.

Mise à disposition et garde. De plus, la mise à disposition d'un bien n'implique pas toujours le transfert de sa garde. Un acheteur affirme en effet que la garde revient, dans ses marchés, aux titulaires des marchés de travaux TCE (tous corps d'État) ou de génie civil :

« Les titulaires de nos marchés système n'ont jamais la garde. Il arrive donc que l'on se trouve sans gardien des ouvrages lorsque des marchés TCE sont réceptionnés des dates qui n'étaient pas prévues. »

Pour remédier à ces « *trous dans la raquette* », l'autorité contractante a choisi d'inclure dans certains de ses marchés qui étaient en cours de passation, « *que sauf exception et par avis du maître d'ouvrage, la garde peut être conservée par le titulaire du marché* ». Cette clause a été intégrée dans les marchés notifiés par voie d'avenant. Son intégration n'a pas causé de difficulté, car elle constitue une modification non substantielle.

Une autre autorité ajoute que la mise à disposition s'avère complexe lorsque l'entreprise à qui la mise à disposition a été demandée continue d'intervenir sur l'ouvrage. Autre vide juridique à combler, le cas où l'ouvrage non achevé est mis à disposition de la personne publique.

Les opérateurs économiques font également face à des difficultés en matière de mise à disposition ou de transfert de sites avant réception qui est à la fois juridique et opérationnelle. L'identification d'une emprise permettant au constructeur sous-traitant de stocker le matériel utilisé est au cœur de cette problématique chez l'un des concessionnaires interrogés qui l'illustre amplement :

« Nous avons des terrains que nous sommes susceptibles de mettre à disposition du constructeur, par exemple pour installer leurs équipements et réaliser leur stockage. Nous nous heurtons à des difficultés qui ne sont pas en lien avec le constructeur, mais avec le voisinage. Il y a des recours de voisins qui s'insurgent contre le bruit et la pollution générés par des équipements pour le chantier, comme les centrales à béton. Ces installations sont soumises à autorisation pour leur exploitation. Elles sont mises sur site durant l'attente de l'autorisation, mais elles ne sont pas exploitées. Lors de cette phase de mise sur site, nous sommes confrontés à des contestations d'avoisinants qui refusent concrètement ce type d'intervention à côté de chez eux. Nous parvenons, parfois, à résoudre le litige à l'amiable, car nous sommes en concertation avec les instances (préfectures et collectivités). En tout état de cause, cela engendre des retards dans l'exécution. Il n'y a pas forcément de recours juridictionnels, mais plutôt des contestations politiques et citoyennes. »

Résultats des sondages. Généralement, les sondés ne rencontrent pas de difficultés en matière de garde d'un ouvrage ou des travaux, non plus en matière de mise à disposition ou de transfert de site.

D'une part, s'agissant de la garde, une majorité d'autorités contractantes indiquent ne pas connaître de difficultés particulières (7 sur 8, soit 87,5 %) ⁶⁷⁸. Il en va autrement pour les avocats et les opérateurs économiques ⁶⁷⁹. Un premier opérateur économique indique, en matière de garde d'installations, que ces difficultés proviennent par exemple de la pratique de plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui « *endossent la garde à effet de la réception et non pas de la livraison des équipements* ». Un deuxième opérateur économique mentionne, quant à lui, les cas de la prolongation des délais et celui des ordres de services de suspension des travaux impliquant la conservation des risques jusqu'à la réception pour l'entreprise.

Par ailleurs, un avocat illustre plusieurs situations que ses clients connaissent : la dégradation par les autres corps d'état, ou les ajournements pour déterminer le rôle de chacun (si le contrat ne renvoie pas aux clauses du CCAG-Travaux), ou encore la prise en compte des frais de gardiennage en cas d'allongement du chantier. Dans le cas de marchés allotis faisant intervenir plusieurs titulaires ⁶⁸⁰, un autre avocat recommande alors que la répartition des rôles et des responsabilités entre les titulaires des différents lots doive être bien coordonnée pour assurer la garde et la protection effective de l'ouvrage au fil des interventions.

C'est pourquoi 2 avocats et un opérateur économique seraient favorables à préciser le régime de la garde de l'ouvrage ou des travaux ⁶⁸¹.

Dans cette continuité, et unanimement, les sondées ne rencontrent pas, non plus, de difficultés relatives à la garde d'un ouvrage ou des travaux. Toutefois, à l'occasion d'une autre question portant sur les difficultés générales rencontrées lors de l'exécution d'un contrat public, deux opérateurs économiques observent des difficultés d'emprise, de garde et de sécurité des ouvrages, en particulier avant la réception, en cas de décalage du délai d'exécution, sans responsabilité du titulaire.

D'autre part, comme pour la garde d'un ouvrage ou des travaux, les autorités contractantes sondées ne rencontrent pas majoritairement de difficultés particulières concernant

⁶⁷⁸ Trois autorités contractantes confient un besoin de précisions aux dispositifs de garde d'ouvrage ou de travaux.

⁶⁷⁹ Précisément, 3 avocats sur 4 et 2 opérateurs économiques sur 2.

⁶⁸⁰ Comme certains interviewés ont pu partager lors de l'enquête qualitative.

⁶⁸¹ Trois autorités contractantes indiquent avoir cette attente. Seulement, ce résultat ne coïncide pas avec les données récoltées puisqu'elles admettent ne pas avoir de difficultés en la matière.

la mise à disposition ou le transfert de site dans leurs marchés publics (7 sur 8, soit 87,5 %) ⁶⁸². Il en va de même auprès des avocats et des opérateurs économiques ayant répondu à la question ⁶⁸³. Dans cette continuité, et unanimement, les autorités concédantes sondées ne rencontrent pas, non plus, de difficultés en la matière.

Maîtrise d'œuvre. Un maître d'œuvre a aussi fait mention de difficultés observées en matière de mise à disposition, notamment dans les marchés globaux de performance : « *le contrat ne contenait pas de disposition précise permettant de passer d'une phase à l'autre* ». De manière plus approfondie, il relève un certain nombre de difficultés liées à la fonction même de maître d'œuvre dans les marchés globaux. Le maître d'œuvre intervenant au stade de la conception, il est souvent maintenu dans le groupement dans l'attente de la réception. Selon le maître d'œuvre, cette situation est en partie due à l'absence d'un CCAG marché global :

« Il y a de plus en plus de contrats globaux, mais on n'a pas de "CCAG Marché global" qui faciliterait les choses. Si un marché auquel on répond faisait référence à un CCAG, on aurait au moins des clauses par défaut. Il faut qu'il y ait un CCAG "Marché global" pour qu'il y ait des réceptions des phases intermédiaires. »

Mise à disposition de biens entre personnes publiques. La mise à disposition de biens entre personnes publiques peut aussi être source de complexité. Une intercommunalité révèle en effet avoir conclu un contrat en tant qu'autorité concédante sur le principe que le futur équipement sportif serait sa propriété et que le service public serait géré par la commune :

« Il y a eu des difficultés juridiques : il n'était pas évident de considérer que l'immeuble était la propriété de la métropole et que l'exploitation du service relevait de la commune. Mais c'était la politique de la collectivité : ce qui était valable pour l'existant devait l'être pour les bâtiments futurs. On n'avait pas de modèles. On est parti d'une page blanche. Le délégataire a bénéficié d'une contribution financière : il fallait identifier ce qui relevait de la compétence de la métropole et de la compétence de la ville. Il a fallu conclure une convention dite « financière et patrimoniale », car il fallait encadrer les engagements

⁶⁸² Une autorité contractante estime que des précisions devraient être apportées aux dispositifs de mise à disposition ou de transfert de site.

⁶⁸³ Précisément : 3 avocats sur 4 et 1 opérateur économique sur 1 indiquent ne pas avoir de problématiques particulières en la matière. Ils n'ont pas, non plus, d'attentes spécifiques sur ce point.

financiers des deux collectivités et pour bien définir le foncier appartenant à la métropole (le bâtiment). La métropole a acheté le foncier à la commune. »

Cette donnée est toutefois à relativiser puisqu'un seul participant à l'enquête qualitative n'a évoqué la mise à disposition de biens entre personnes publiques. Des approfondissements sont donc nécessaires dans le cadre de l'enquête quantitative.

Mise à disposition de biens par des tiers. Dans le cadre des sondages en ligne, un seul organisme public (sur 6) rencontre des difficultés dans le cadre de la mise à disposition d'applications ou de logiciels par des tiers au regard des droits de propriété sur le développement de ces solutions informatiques et de l'étendue de ces droits. Quant à deux opérateurs économiques (sur 2), le sujet peut apparaître en cas de coactivité lorsque les rôles et responsabilités de chacun des intervenants ne sont pas clairement définis.

Constats. Les enquêtés ont indiqué que la coactivité accentue les problèmes de garde. La détermination de l'entité ayant la garde est notamment difficile en cas d'allotissement. Par ailleurs, la mise à disposition d'un bien n'implique pas toujours le transfert de sa garde. Des difficultés sont également observées en matière de mise à disposition, notamment dans les marchés globaux de performance.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 2

L'enquête qualitative a permis de constater que l'utilisation des biens dans les contrats publics est loin d'être un sujet anodin.

Tout d'abord, la conciliation entre droit des contrats publics et des réglementations spéciales, notamment le droit de la propriété intellectuelle ou encore la police des affichages publicitaires anime les discussions pré et post-contractuelles.

En matière de propriété intellectuelle, deux positions tranchées semblent irréconciliables : la volonté de la personne publique et un droit exclusif sur la propriété intellectuelle d'un bien s'opposent à la pratique des concepteurs de logiciels et d'équipements urbains. Les incompréhensions sont généralement dues à l'absence d'un personnel qualifié au sein des autorités contractantes.

En ce qui concerne la police des affichages publicitaires, elle peut entrer en contradiction avec le périmètre couvert par des contrats de mobilier urbain. Les opérateurs économiques évoquent à cet égard leurs difficultés à faire face aux doubles demandes de paiement de redevance et de taxe, voire à l'interdiction de l'affichage publicitaire dans certaines zones.

Ensuite, les obligations d'entretien et de maintenance des biens font l'objet de conflit en fin de contrat en raison de l'imprécision du contenu et des modalités que ces termes sont censés revêtir. Le contrôle de l'effectivité de l'entretien et de la maintenance durant l'exécution du contrat fait aussi défaut. Les notions d'entretien normal ou encore de l'état attendu des biens en fin de contrat sont souvent, en raison de leur caractère équivoque, à l'origine de litiges.

Les débats sur l'entretien normal des biens et leur vétusté lors de l'état des lieux de sorties donc inévitables, car le délégataire n'est pas souvent du même avis.

Les interrogations sur la partie à qui incombe la charge de l'entretien ou de la maintenance interviennent bien souvent en pleine exécution. Les contrats complexes sont épargnés par ces problématiques, car les clauses sont assez claires sur ce point : l'opérateur économique est responsable de l'entretien et de la maintenance.

En outre, la réception et ses déclinaisons apportent également son lot de conflictualités en matière d'utilisation des biens dans les contrats publics. En cela, la réception partielle constitue l'un des principaux nerfs de la guerre. Les autorités contractantes interrogées préfèrent s'y soustraire. En revanche, elles ne peuvent déroger à la réception « sous réserve » qui est souvent intrinsèque à leur cœur de métier. Toutefois, l'imprécision de son régime n'est pas de nature à rassurer les autorités contractantes.

Enfin, la garde de l'ouvrage, la mise à disposition et le transfert de sites apparaissent plus complexes en cas de coactivité.

SECTION 3 : LA PROTECTION DES BIENS DANS LES CONTRATS PUBLICS

Objectif de la recherche. Les problématiques liées à la protection des biens dans les contrats publics sont examinées sous différents angles⁶⁸⁴, en particulier les difficultés relatives à la domanialité (§I.), la volonté d'étendre l'obligation de mise en concurrence aux occupations du domaine privé, l'interdiction des libéralités (§II.) et le financement sous réserve de l'octroi de garanties bancaires (§III.).

§I. Les difficultés liées à la domanialité publique

La compatibilité avec le droit administratif des biens est au cœur de la problématique du statut des biens dans les contrats publics. Un avocat familier des contrats de concessions considère que la domanialité constitue un « *cadre assez rigide* » et « *contraignant* ». Toutefois, il comprend la pertinence de ces règles qui visent à protéger les biens liés à un service public ou à l'usage du public.

Division en volume. Pour éviter la difficile conciliation avec le régime de la domanialité publique, certains avocats n'hésitent pas à conseiller à leurs clients publics de faire sortir le bien du domaine public. Les divisions en volume sont ainsi pratiquées pour contourner l'impossibilité de déclasser certains biens, notamment les parkings souterrains publics.

Toutefois, la mise en œuvre de cette opération n'est pas des plus aisées. Une autorité contractante en a fait l'expérience lorsqu'elle a voulu mener des travaux sur un parking public au-dessus duquel se trouvaient un parking privé et des habitations :

⁶⁸⁴ L'enquête quantitative a rassemblé 16 participations sur 66 (soit 24,24 % - précisément : 6 avocats sur 15, 1 notaire sur 2, 4 autorités contractantes sur 32 et 5 opérateurs économiques sur 17) autour de la thématique relative aux effets des contrats publics sur l'utilisation des biens publics. Cependant, les résultats doivent être pris avec précaution puisque rares sont les participants à avoir apporté des précisions à leurs réponses. Sans préciser leur réponse, 3 autorités contractantes ont indiqué que le régime des biens dans les contrats publics a des conséquences sur leur stratégie contractuelle. Unanimement, les opérateurs économiques admettent que le régime des biens influence le prix de leurs offres (un opérateur n'a pas répondu à la question, précisant ne pas connaître les modes de fixation des prix des offres). L'un d'eux ajuste son prix au regard par exemple, de la durée de l'occupation et du montant de la redevance.

« Des travaux de mise en conformité par rapport à la réglementation incendie devaient être réalisés, mais on a dû engager des travaux de part et d'autre, car les flammes ne connaissent pas la division en volume. On a mis un an sur ce dossier. On a fait un groupement de commandes avec une personne privée en charge de la copropriété ».

Cet exemple démontre que peu importe le niveau de division en volume, certaines réglementations amènent la personne publique à interagir avec les autres propriétaires.

Un autre avocat souligne à cet effet avoir réalisé une telle division dans le cadre d'ombrière photovoltaïque avec servitude pour les câbles. *« C'est assez fictif »*, concède-t-il. La division en volume est également pratiquée sur *« des immeubles globaux pour sortir un volume du domaine public »*. La division en volume étant complexe, elle n'est faite que lorsque la personne publique et ses conseils n'ont pas la possibilité de déclasser ou de désaffecter le bien. C'est notamment le cas lorsqu'on est en présence d'un parking sous-terrain. Ainsi, la division en volume constitue une question récurrente à laquelle est confronté un certain nombre d'avocats.

Par ailleurs, un notaire indique que les opérateurs économiques sont nombreux à vouloir que le bien soit *« exfiltré »* du domaine public, même si cela apparaît parfois difficilement réalisable, comme sur le domaine public aéroportuaire. Il en va de même pour certains terrains qui ne font plus l'objet d'une affectation au service public ou à l'usage du public depuis de nombreuses années, mais dont la sortie du domaine public semble contrariée par l'absence de déclassement. Il plaide alors pour *« la création d'un organisme chargé de gérer le déclassement et de tenir les délais, car un bien du domaine public qui ne relève plus du domaine public ne mérite plus cette protection »*.

Conventions d'occupation. Par ailleurs, l'obligation pour le preneur d'obtenir un agrément de la part de la personne publique lorsqu'il entend céder la convention d'occupation temporaire (COT) à un repreneur devrait être abandonnée, selon un avocat. Il estime en effet que la personne publique ne devrait pas intervenir dans des accords de droit privé. De plus, la remise en concurrence du titre de l'occupant initial ne semble pas opportune :

« Si personne ne se manifeste dans le délai de trente jours, que la candidature du repreneur a été vérifiée et qu'elle est solide, la personne publique n'a pas vocation à s'y opposer. Si elle s'y oppose, parce que l'on considère que l'entreprise ne présente pas les caractéristiques

requis, on va devoir l'indemniser parce que le preneur a réussi à valoriser sa clientèle propre. »

En outre, même si d'autres opérateurs économiques ayant une capacité similaire au repreneur désiré initialement par l'occupant sortant se manifestent, l'avocat se demande si la personne publique pourrait refuser d'indemniser le preneur du prix qu'il aurait obtenu du repreneur. L'occupant entrant peut cependant refuser d'indemniser et justifier ce refus par le fait que l'occupant sortant ne disposait pas d'une clientèle propre.

Le sort des bâtiments construits dans le cadre d'une COT interpelle également cet avocat. Il constate, en effet, que dans certains cas, la remise à nu du terrain coûte plus cher que le maintien des bâtiments construits et les travaux de désamiantage. D'ailleurs, la possibilité d'exiger du preneur de réaliser des travaux de désamiantage des bâtiments paraît discutable. La commune intention des parties ne saurait primer sur le régime de la domanialité publique. Il considère en effet qu'« *il serait dangereux d'aller plus loin dans la contractualisation du statut des biens sauf à détricoter le régime de la domanialité publique* ».

Fonds de commerce. La fin des titres d'occupation du domaine public accordés avant 2014 mérite un intérêt, car cela permettra de voir si ces titres pourraient se prévaloir d'un fonds de commerce. Le juge se fonde en effet, selon un expert, sur la date de la première occupation. Or, seuls les titres postérieurs à 2014, date d'entrée en vigueur de la « Loi Pinel » autorisant les fonds de commerce sur le domaine public, peuvent donner lieu à la constitution de fonds de commerce en cas de clientèle propre. Cette condition ne paraît pas superflue pour l'expert, car dans la pratique, peu d'occupants du domaine public peuvent estimer disposer d'une clientèle propre. Néanmoins, l'antinomie entre service public et fonds de commerce est beaucoup plus discutable dès lors que l'occupant est chargé de gérer le service public. Un autre expert estime que la clientèle propre est une « *notion loin d'être évidente* » et devrait être assouplie lorsque l'occupant gère un service public. Pour un avocat, la Loi Pinel a des angles morts. En effet, la question se pose de ce qu'il adviendra si le preneur entend céder son bien avant la fin du contrat. En ce qui concerne la clientèle propre, l'avocat considère qu'« *il y a beaucoup plus de clientèle propre qu'on ne le croit* ».

Résultats des sondages. Les sondages ne relèvent aucune difficulté particulière quant à la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public. Une personne publique indique refuser systématiquement une telle constitution, une autre, au contraire, que, pour les

marchés forains, le droit de place et le fonds de commerce sont liés à l'emplacement sur le marché.

Droit(s) européen(s). Le juge de l'Union européenne a validé, dans un arrêt du 24 octobre 2024, le mécanisme de l'accession sur le domaine public. Cet arrêt est intéressant à plusieurs titres. En plus de confirmer une pratique, la CJUE admet pour la première fois la conventionnalité de l'inaliénabilité du domaine public dans sa décision *SARL Couttolenc frères* du 5 octobre 2023. L'expert considère alors que « *les droits européens, après avoir été vus comme des perturbateurs, ont tendance à renforcer, avaliser les régimes d'appropriation publique* ».

Mise en concurrence et domaine privé. Un notaire estime tout d'abord que le juge de l'Union européenne ne fait pas de distinction entre domaine public et domaine privé. Toutefois, il trouve que le législateur français a surtransposé l'arrêt *Promoimpresa Srl* (précité) et qu'aucune attention n'a été portée à la mise en concurrence de la cession des titres :

« Aujourd'hui, un taxi qui achète sa licence a le droit de la revendre. Or, la cession de titres n'est prévue que pour les titres constitutifs de droits réels et non pour les autres. »

Il en va encore moins pour les sous-occupations du domaine public qui sont des contrats de droit privé, mais qui doivent faire l'objet de mise en concurrence sauf si un texte spécial déroge à cette règle. La règle remet en cause, selon le notaire, la liberté contractuelle de l'occupant. Selon un expert, l'arrêt *Commune de Biarritz* constitue une « *hérésie* » dans la mesure où « *le domaine privé n'existe pas en Autriche, en Espagne et en Suède* ». S'inscrivant dans son sillage, un expert considère que l'arrêt *Commune de Biarritz* du 2 décembre 2022 opère une sous-transposition de l'arrêt *Promoimpresa Srl* :

« La distinction domaine public / domaine privé n'est pas le problème de la Cour de justice de l'Union européenne. De plus, l'hôtel en question était le seul palace dans les 25 km à la ronde, et il est transfrontalier. On a fait jouer au domaine privé un rôle qui n'est pas le sien. On ne devrait pas faire de distinction entre domaine public et domaine privé. Il aurait fallu poser une question préjudicielle. Le Conseil d'État a fait pareil qu'avec le stade Jean Bouin. »

Même si l'arrêt Commune de Biarritz est jugé très accommodant pour la pratique, il n'en demeure pas moins « *très fragile* ». L'avocat de qui l'on tient ce commentaire considère en effet que le raisonnement de la jurisprudence *Promoimpresa Srl* et les réponses ministérielles qui s'en sont suivies allaient dans le sens de la mise en concurrence des titres d'occupation du domaine privé. Toutefois, cette obligation de publicité et de mise en concurrence doit être plus souple comparativement à celle prévue pour les contrats de la commande publique. Il estime a fortiori ne pas comprendre la justification de l'arrêt *Commune de Biarritz* car on se trouverait dans « *un cas où il est difficile de dire qu'on n'a pas affaire à une ressource rare* ».

Le troisième expert se désolidarise des autres experts, car il estime que l'absence de mise en concurrence sur le domaine privé se justifie amplement, car fondée sur « *la distinction autorité publique et personne civile* » à laquelle se rattache celle entre le domaine public et du domaine privé. L'analyse de l'expert s'appuie sur celle du commissaire du gouvernement Romieu dans l'arrêt *Terrier* de 1903. Le commissaire du gouvernement Romieu faisait en effet la distinction entre la personne publique agissant en qualité d'autorité publique et la personne publique se comportant comme une personne civile. Selon cet expert, la situation semble plus préoccupante en ce qui concerne les BEA sur le domaine privé, car la personne publique agit en tant qu'autorité publique. Les collectivités n'hésitent pas, aux dires de l'expert, à désaffecter et à déclasser un bien du domaine public pour consentir un droit d'occupation de longue durée sans pour autant effectuer de mise en concurrence.

Résultats des sondages. S'agissant de la mise en concurrence des occupations domaniales, 4 répondants sur 6 (soit 66,67 %⁶⁸⁵) évoquent des difficultés. Le champ d'application de la mise en concurrence est relevé par un avocat. Il serait, selon lui, bénéfique de déterminer des modalités de mise en concurrence plus claires et strictes⁶⁸⁶ afin de renforcer la sécurité juridique du contrat. De son côté, une autorité contractante s'interroge sur l'opportunité de procéder à une mise en concurrence en raison de l'incertitude du caractère public des biens. Une telle mise en concurrence peut, d'ailleurs, « *rebuter de potentiels intéressés* ». En outre, un opérateur économique observe, parfois, l'absence de remise en concurrence des occupations domaniales, sans pour autant que l'occupation prévoie son renouvellement.

⁶⁸⁵ Précisément : 1 avocat sur 2, 1 autorité contractante sur 2 et 2 opérateurs économiques sur 2.

⁶⁸⁶ Le choix est parfois délicat entre un appel à projets ou des appels à manifestation d'intérêt, selon cet avocat.

Bail à construction. L'évolution de la jurisprudence sur la possibilité de constituer des droits réels sur le domaine public, notamment en ce qui concerne le bail à construction, n'est pas de nature à ravir la pratique. Selon un avocat, la limitation des baux à construction et des AOT constitutifs de droits réels semble inopportune, dans un contexte financier très tendu dans lequel les schémas contractuels d'aller-retour sont pertinents et réalisés à travers les baux à construction.

Le bail à construction aurait ainsi perdu de son intérêt, car il tend à se rapprocher du BEA eu égard aux exigences posées par le Conseil d'État. Le risque de requalification inquiète cet avocat :

« En cas de requalification de ce montage en marchés publics de travaux, on s'expose à l'interdiction du paiement différé. Les règles de passation s'appliquent, évidemment, au regard du droit de l'UE. Le contrat confiant la conception-réalisation, l'allotissement est également interdit. Tout le contrat devient donc illégal. La seule alternative pour la collectivité territoriale est de ne pas fixer d'orientation précise. »

Cette solution ne semble pas non plus être la panacée. La personne publique sera confrontée à deux problèmes majeurs. Le premier problème est lié à l'objet même du bail à construction :

« La difficulté est que la nature même du bail à construction veut que j'accorde un droit réel sur mon domaine en vue de la construction d'un bien qui me revient à la fin. Il est antinomique de partir sur l'idée qu'un bail à construction ne peut répondre qu'à des orientations générales : elle impose à un entrepreneur des orientations précises. »

Le second résultat de l'interdiction du paiement différé qui pourrait affecter la pérennité du bail à construction. L'avocat invite en cela le Conseil d'État à « faire preuve de nuance et à prendre conscience que le bail à construction permet de lisser les dépenses et de résoudre les difficultés budgétaires ».

En outre, un notaire se demande si une personne publique qui lance une procédure de passation peut vraiment le faire sans être sûre qu'elle ne sera pas propriétaire de l'ouvrage. La question ne pose pas indubitablement un problème de légalité, mais de responsabilité et de

préservation des deniers publics. Il s'interroge également pour savoir si un équipement réalisé dans le cadre d'un bail à construction sur un terrain privé pourrait être qualifié d'ouvrage public.

Sous-occupation. Les sous-occupations domaniales peuvent être artificielles. L'expert a notamment constaté que, pour des questions fiscales, le preneur diffère juridiquement de l'entité chargée de l'exploiter. Par exemple, une association obtient la convention d'occupation du domaine public, mais l'exploitation est confiée à une société civile immobilière.

Il existe également des cas d'in house en matière domaniale. C'est le cas lorsqu'« *une personne publique propriétaire confie son bien à une autre personne publique qui va ensuite la confier à une SEM* ». Pour l'expert, « *la rédaction du code et la rédaction de la jurisprudence européenne diffèrent sur la question. L'in-house domanial est plus lâche que l'in-house de la commande publique* ».

Principe d'insaisissabilité des biens publics. Pour un avocat, le principe d'insaisissabilité peut s'avérer contraignant pour le financement. Néanmoins, il convient de préciser que la pratique s'est complètement adaptée à ce principe. Sa réécriture du principe n'est pas jugée « *nécessaire* » par cet avocat dans la mesure où « *le financement repose sur les flux du contrat* ». Il s'agit entre autres des revenus tirés du concessionnaire, des redevances, des indemnités de résiliation et des cessions Dailly, qui sont de plus en plus acceptées dans les concessions.

Un expert n'est également pas favorable à une éventuelle réécriture du principe d'insaisissabilité. Il considère en effet que le principe ne limite pas les possibilités de financement des biens qu'il protège. Toutefois, l'expert se demande si le principe d'insaisissabilité pourrait interdire l'inscription d'hypothèques sur des biens publics :

« En théoricien, je dirais non. Mais une partie de la doctrine considère que l'hypothèque qui est inscrite (en toute illégalité) serait paralysée pendant la durée durant laquelle le bien est du domaine public et ne court que lorsque le bien est déclassé. On peut alors inscrire le privilège du vendeur qui ne peut pas faire autrement que d'être inscrit. »

Difficultés relayées par les sondés. Le principe d'insaisissabilité engendre des difficultés pratiques pour 9 répondants sur 14 (soit 64,29 %⁶⁸⁷) notamment pour la mise en

⁶⁸⁷ Soit : 5 avocats sur 6, 1 notaire sur 1, 2 autorités contractantes sur 4 et 1 opérateur économique sur 3.

place des sûretés ou des garanties de financement, pour les biens mutualisés pour plusieurs contrats, ainsi que pour les biens financés et édifiés sous monopole, ou encore pour les biens publics appartenant à des structures à comptabilité privée. Le financement des projets publics est, selon une autorité contractante, complexifié en raison du principe d'insaisissabilité des biens publics. C'est pourquoi, pour 4 participants⁶⁸⁸, il conviendrait de réécrire le principe d'insaisissabilité, sans préciser le sens qu'ils souhaitent donner à cette révision. Pour autant, des solutions opérationnelles sont mobilisées par certains avocats et opérateurs économiques pour atténuer les effets de ce principe, en particulier par la mise en place de garanties personnelles ou par la négociation en phase de passation (lorsque la procédure le permet).

Constats. La domanialité publique constitue un régime contraignant. Les divisions en volume sont d'ailleurs utilisées pour éviter son application, à défaut de pouvoir sortir le bien du domaine public. D'ailleurs l'identification des biens composant ce domaine n'est pas toujours correctement effectuée par les personnes publiques propriétaires. En outre, la mise en concurrence des occupations sur le domaine privé continue de faire débat malgré l'arrêt *Commune de Biarritz*. L'enquête révèle aussi que le principe d'insaisissabilité des biens publics n'est en réalité pas une contrainte majeure pour leur financement, car celui-ci repose sur les flux du contrat. Enfin, le bail à construction perd en attractivité en raison des conditions posées par le Conseil d'État et du risque de requalification.

§II. Les difficultés liées à l'interdiction des libéralités

Interdiction des libéralités. L'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, voire leur impossibilité d'effectuer des opérations patrimoniales défavorables, ne semble pas poser de difficultés, selon un premier expert :

« Le principe est connu. La jurisprudence est claire sur ce sujet. La difficulté principale va concerner la détermination du prix de cession, en particulier, lorsque le prix doit correspondre à la valeur vénale du bien. »

⁶⁸⁸ Soit : 2 avocats sur 5, 1 autorité contractante sur 2 et 1 opérateur économique sur 2.

Il considère en effet que les collectivités ont pour habitude de fixer un prix en dessous de sa valeur vénale ou locative, telle qu'estimée par la DIE. Elles multiplient les échanges avec les « *Domaines* » pour faire baisser la valeur du bien en les incitant à fixer la valeur vénale du bien « au regard du projet d'intérêt général » et non de la méthode comparative. Toutefois, un deuxième expert estime que la portée de l'arrêt *Grasse vacances* doit être nuancée :

« Cet arrêt a été rendu par les chambres 3 et 8 . Je ne suis pas sûr que cette décision vaudrait pour les transactions et pour les clauses indemnitaires prévues ab initio. Dans les conclusions de Thomas Pez, il y a une recherche d'équité juste pour cette affaire. »

Poursuivant, il considère que la jurisprudence *Grasse vacances* constitue un frein en matière de financement. L'interdiction des libéralités a été « *surinterprétée* ».

Aide d'État. Pour un troisième expert, l'incessibilité à vil prix pourrait avoir un écho dans le droit de l'Union européenne. Il estime en effet que les ventes à l'euro symbolique de biens de valeur non négligeable à des opérateurs économiques afin de les inciter à s'installer sur leur territoire pourraient être perçues comme des aides d'État.

Constats. L'interdiction des libéralités ne pose pas de difficultés majeures dans sa compréhension. Toutefois, des divergences existent quant à la portée de l'arrêt *Grasse vacances*, ainsi que sur les ventes à l'euro symbolique qui pourraient être perçues comme contraires au droit de l'Union européenne.

Ces constats sont à relativiser par le manque de données suffisantes sur ce point. En effet, seule une minorité des membres du panel d'enquête ont souhaité traiter des questions liées à l'interdiction des libéralités. Il convient donc d'approfondir la question dans le cadre de l'enquête quantitative.

§III. Les difficultés liées aux sûretés réelles et aux droits réels

Le sujet du financement est d'une importance particulière pour les opérateurs économiques. Selon le premier opérateur économique interrogé, il s'agit de l'un des premiers sujets au menu des discussions précontractuelles.

Droits réels (entretiens). Lors des entretiens, les opinions sur le contenu des droits réels et leur utilité en droit public diffèrent radicalement de la majorité des retours des sondages. À en croire un premier avocat, l'hypothèque prévue pour le domaine public par le Code général de la propriété des personnes publiques n'est pas considérée comme une vraie hypothèque par les banquiers et est rarement mobilisée pour le financement. Pour un premier avocat, « *les banques ont connaissance des sûretés tirées du Code général de la propriété des personnes publiques, mais elles préfèrent ne pas en entendre parler* ». Elles privilégient en effet « *les sûretés sur les flux du projet comme les cessions de créances ou les cessions Daily* ». L'avocat se positionne d'ailleurs en faveur d'un abandon des hypothèques du Code général de la propriété des personnes publiques qui sont « *incompréhensibles* », « *peu utilisées* » et « *pas assez attractives pour les entreprises et les banques* ».

Un expert œuvrant en matière de financement des projets publics admet aussi que les banques françaises sont peu enclines à demander des hypothèques sur un bien relevant du domaine public. Toutefois, les banques et les fonds d'investissement étrangers réclament ces hypothèques, car ils y sont familiers, et ne parviennent pas à comprendre la domanialité publique.

Pour un deuxième avocat, le contenu même des droits réels conférés à l'opérateur économique ne semble pas dénué de toute équivoque :

« On ne sait pas trop ce que sont les droits réels sur les biens publics : est-ce sur le bien lui-même ou les terrains d'assiette... Il y a déjà une incompréhension sur l'assiette même du droit et son périmètre. Ceci n'aide pas à un bon usage. Surtout, les gens se disent, j'ai un droit réel, mais que vais-je en faire ? À la fin je dois trouver une solution négociée avec la personne publique. C'est un droit compliqué à appréhender dans son essence. Si on saisit un hôpital, qu'est-ce qu'on en fait ? Si on était en droit privé, ce serait différent. Le service public, c'est la personne publique. Quoi qu'on fasse, cela restera du domaine public. »

Ils sont en ce sens rejoints par l'un des experts interrogés qui considère également que le droit réel ne saurait être assimilé au droit réel comme entendu en droit privé. Il affirme qu'une jurisprudence claire et abondante sur ce que recouvre la notion de droits réels serait la bienvenue afin de savoir si ces droits s'étendent sur le sol sur lequel le bien est bâti.

Un troisième avocat souligne son désarroi face à la difficile appréhension du contenu des droits réels en droit public :

« On n'a pas compris à quoi ils servaient, ce qu'ils étaient et quelles garanties ils apportent à l'opérateur économique ! Je ne suis pas sûr d'avoir compris ce que sont aujourd'hui les droits réels sur le domaine public. Quand on dit qu'on fait une convention domaniale avec droits réels ou sans, je ne vois pas la différence, car les clauses sont les mêmes : en quoi ça change quelque chose pour le prêteur ? Comment peut-il être plus rassuré ? La personne publique a la faculté de refuser une proposition de la banque pour remplacer le titulaire défaillant. Le côté sécurisant pour une banque est fictif. »

Tout cela concourt à « l'intérêt limité » des droits réels. Les opérateurs économiques sont plus sensibles au droit à indemnisation pour fin anticipée qui est plus un « droit plus simple à comprendre » et moins « imparfait dans sa construction ».

Un autre avocat précise aux opérateurs économiques que les droits réels ne confèrent pas un droit de propriété. Il observe cependant que les opérateurs préfèrent en demander, notamment les titulaires de marchés de partenariat, pour des problématiques liées à la valorisation. Un expert affirme le contraire, car il constate que les opérateurs économiques ne sont pas demandeurs de droits réels, sauf lorsqu'ils envisagent de solliciter un financement. Il indique en effet que les droits réels sur les biens publics ont également pour problème leur cessibilité. L'agrément de l'autorité contractante est obligatoire, de même que la mise en concurrence dans le cadre de certains contrats.

Un autre expert considère, pour sa part, que les droits réels font apparaître des difficultés assez importantes dès lors qu'on se trouve dans une « situation d'empilement domanial ». L'expert prend pour exemple une délégation de chauffage urbain impliquant la construction de la centrale sur un terrain appartenant à un hôpital public :

« L'hôpital n'est pas délégataire du service public, le délégataire est la commune. Le chauffage urbain est construit sur le terrain de l'hôpital. Quel est le régime domanial de la centrale ? Le terrain de l'hôpital est du domaine public. La centrale est un bien de retour, donc appartient à l'autorité délégante. On a des droits réels qui sont nuls, car le contrat est ancien. La théorie de l'ouvrage public (même mal planté) fait échec

à la théorie de l'accession. Ce bien de retour qui est superficiel, sur la base de droits réels qui n'existent pas ici, relève-t-il du domaine public ? On pense que oui, mais il y a débat. La convention de superposition d'affectation n'est pas suffisamment exploitée, alors que c'est prévu dans le Code général de la propriété des personnes publiques. »

Pourtant, un sixième expert soutient que la contenance des droits réels ne relève plus de difficulté majeure depuis la loi de 1988, la loi de 1994 et ensuite le recours au crédit-bail, car « *les opérateurs économiques peuvent sécuriser leur situation et apporter des garanties aux investisseurs* ». Il est suivi par un avocat qui considère que les droits réels sont « *bien compris par les élus et les opérateurs économiques* ». Il reconnaît toutefois que la personne publique et ses conseils se doivent de faire œuvre de pédagogie.

Pour finir, un dernier avocat considère que les suretés « *offrent un droit de suite aux investisseurs* ». Poursuivant, il souligne que l'impossibilité pour les personnes publiques de faire l'objet de liquidation constitue une garantie pour les investisseurs.

La divergence d'opinions s'observe aussi auprès des notaires interrogés. Si l'un admet se satisfaire de leur existence, le second considère que les droits réels conférés ne sont d'aucune utilité. Il juge en effet que leur régime est « *imparfait* » du fait d'un « *intuitu personae* » trop prégnant. Or, les droits réels s'avèrent nécessaires pour certains équipements publics. Il estime en effet que :

« Même dans les contrats où la valorisation dite annexe n'est plus tellement annexe, car intégrés dans la partie fructifère, les clients demandent des droits réels. Les investisseurs aussi en ont besoin pour investir. Pour les demandes faites à la Caisse des dépôts et des consignations, les droits réels sont exigés. L'investisseur demande souvent des droits réels sans en avoir besoin à l'instant T, car ils peuvent en avoir besoin demain en cas de cession ou d'hypothèque avec une personne qui va exiger des droits réels. »

Le droit des biens publics devrait, selon ce notaire, s'inspirer des « *formules civiles qui existent* » afin d'enrichir « *le régime des titres d'occupation constitutifs des droits réels qui n'est pas abouti* ». Cela peut passer par l'admission de la fiducie-sureté (voir *infra*).

Droits réels (sondages). Dans le cadre des marchés de partenariat, les contrats de concessions et les conventions d'occupation temporaire, 11 sondés sur 12 (soit 91,67 %⁶⁸⁹) prévoient la constitution de droits réels dans leurs montages contractuels. À l'exception d'un notaire⁶⁹⁰, ils partagent unanimement leur satisfaction quant aux droits réels reconnus par la loi au cocontractant et considèrent, majoritairement (2 sur 3)⁶⁹¹, que la constitution de droits réels améliore les conditions de financement. Ainsi, majoritairement ils n'estiment pas utile une évolution sur ce point⁶⁹².

Hypothèque (sondages). Une personne publique souligne, par son expérience, « *la frilosité de certains établissements bancaires et la lourdeur de certains dossiers qui nécessitent parfois plusieurs actes notariés pour enregistrer l'hypothèque* [en l'espèce, pour des contrats de concession] ». Si ce participant demeure, comme un opérateur économique sondé, sans opinion particulière quant à la pertinence de l'hypothèque pour le financement d'un bien public, une autre personne publique, 3 avocats, un notaire et un opérateur économique y sont plutôt favorables, tandis qu'une dernière autorité contractante, 3 avocats et un opérateur économique doutent de son utilité. La pertinence de l'hypothèque tient, selon un avocat à la condition que sa durée soit limitée à celle du contrat. Elle apparaît comme un levier de financement utile pour les investissements des petites collectivités territoriales, ou pour favoriser les conditions de financements tiers. Cependant, un autre avocat relativise cette utilité, car « *l'hypothèque, dans les projets publics, rassure les prêteurs, mais, en pratique, son exécution paraît très hypothétique* ».

Crédit-bail. En revanche, le crédit-bail⁶⁹³ demeure très utilisé notamment pour l'achat de biens meubles (photocopieurs, voitures)⁶⁹⁴. Le crédit-bail a en effet été utilisé à la fin des années 2000 pour la construction de gendarmeries dans le cadre de partenariats public-privé. Il est aujourd'hui envisagé pour les panneaux photovoltaïques sous la forme de « *marché de fournitures avec un aspect crédit-bail* » qui constitue « *le meilleur montage contractuel* », selon l'expert. Un autre expert observe cependant que le choix des personnes publiques de ne pas

⁶⁸⁹ Soit : 5 avocats sur 5, 1 notaire sur 1, 3 autorités contractantes sur 3 et 2 opérateurs économiques sur 3.

⁶⁹⁰ Il indique que : « *La constitution de sûretés est limitée, pour certaines, au financement pour construire.* »

⁶⁹¹ Un participant indique ne pas avoir d'opinion sur ce point.

⁶⁹² Seuls un avocat, un notaire et un opérateur économique souhaiteraient une évolution sur les droits réels, sans précisions particulières.

⁶⁹³ Sur le crédit-bail, voir les développements consacrés dans l'état du droit et de la doctrine en première partie du rapport.

⁶⁹⁴ À noter que les retours des sondages sont moins tranchés puisqu'une seule autorité contractante et un opérateur économique sondés pratiquent le financement par crédit-bail, qu'ils estiment pertinent pour financer un bien public. Ils ne rencontrent aucune difficulté à ce sujet.

imposer des intérêts, afin de favoriser l'attractivité économique de leurs territoires, pourrait se heurter au droit des aides d'État.

Fiducie-sureté. Les fiducies-sureté⁶⁹⁵ en matière de contrats publics demeurent très peu pratiquées. Un expert indique que la fiducie est souvent proposée par certains soumissionnaires, mais peine encore à s'imposer, car elle prévoit que « *le fiduciaire peut du jour au lendemain abandonner la fiducie* ». La fiducie-sureté pourrait également poser des difficultés en matière fiscale. De son côté, un avocat estime qu'elle ne peut fonctionner sur les biens de retour, car elle implique un transfert de propriété.

Constats. Les droits réels sur les biens publics sont mal compris et peu utilisés par les banques, en raison du caractère équivoque de leur contenu. Ensuite, les enquêtés ont fait savoir qu'ils n'avaient quasiment jamais recours à la fiducie-sureté. En revanche, le crédit-bail gagne en popularité.

⁶⁹⁵ Sur la fiducie-sureté, voir les développements consacrés dans l'état du droit et de la doctrine en première partie du rapport. À noter, dans l'enquête quantitative, aucune autorité contractante sondée n'a recouru, ne serait-ce qu'une fois, à une fiducie-gestion ou une fiducie-sûreté. Ne maîtrisant pas ces outils, elles demeurent sans opinion quant à leur pertinence et leur utilité pour le financement de projets publics. Il en va de même des avocats, des opérateurs économiques et du notaire ayant répondu aux questions relatives à la fiducie.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 3

Les enquêtés estiment dans leur majorité que la conformité du montage contractuel avec les règles de la domanialité constitue le centre de leur réflexion en ce qui concerne le statut des biens. Malgré son aspect contraignant, la domanialité publique n'est pas indépassable. Elle peut, en effet, être contournée par divers mécanismes. Elle demeure cependant source d'incertitudes, car les biens relevant de son régime ne sont pas toujours clairement identifiés par les personnes publiques propriétaires.

La mise en concurrence qu'elle impose et son extension aux occupations du domaine privé, voire aux sous occupations ne fait pas l'unanimité. La jurisprudence Commune de Biarritz et les demandes d'agrément divisent. Le constat est le même en ce qui concerne le fonds de commerce. L'obligation de disposer d'une clientèle propre pour s'en prévaloir mériterait d'être assouplie, selon certains experts, pour les délégataires de services publics.

Par ailleurs, le régime de protection des biens publics, marqué par les principes d'inaliénabilité du domaine public et d'insaisissabilité des biens publics, ne rend pas impossible le financement de ces derniers. Des alternatives ont en effet été trouvées par les parties afin de pallier les insuffisances des droits réels. Les flux du contrat sont ainsi mis en garantie. Quant à la fiducie-sureté et au crédit-bail, leur utilisation demeure rare ou limitée à certaines espèces.

Enfin, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités ne pose pas de difficultés pratiques, même si un expert estime que sa portée mériterait d'être revue. Les collectivités doivent cependant être prudentes pour éviter d'être frappé par le régime des aides d'État.

SECTION 4 : LES ATTENTES DES INTERVIEWÉS SUR LE STATUT DES BIENS DANS LES CONTRATS PUBLICS

Aspects prospectifs. Lors des entretiens et des sondages, les enquêtés ont été amenés à partager leurs attentes afin d'améliorer leur pratique quant à l'identification, l'utilisation ou la protection des biens dans les contrats publics. Parmi l'ensemble des participants aux entretiens, 14 ont souhaité mentionner leurs attentes opérationnelles et juridiques⁶⁹⁶. La phase prospective de l'enquête quantitative a, quant à elle, rassemblé 43 répondants sur 66 (soit 65,15 %⁶⁹⁷). Majoritairement, ce sont des mesures opérationnelles et juridiques⁶⁹⁸ qui sont attendues par eux (27 sur 43, soit 62,79 %⁶⁹⁹), 9 sondés n'ayant que des attentes juridiques (soit 20,93 %⁷⁰⁰), et 5 uniquement opérationnelles (soit 11,63 %⁷⁰¹). Ces attentes concernent prioritairement la propriété intellectuelle (24 sur 43, soit 55,81 %⁷⁰²), l'identification de la nature des biens publics (16 sur 43, soit 37,21 %⁷⁰³), ainsi que la théorie des biens de retour (15 sur 43, soit 34,88 %⁷⁰⁴). Par ailleurs des évolutions sont attendues pour la réception des ouvrages (14 sur 43, soit 32,56 %⁷⁰⁵), l'entretien et la maintenance (13 sur 43, soit 30,23 %⁷⁰⁶),

⁶⁹⁶ Soit : 6 avocats sur 10, 2 notaires sur 2, 2 experts sur 6, 3 autorités contractantes sur 5 et un opérateur économique sur 4.

⁶⁹⁷ Soit : 11 avocats sur 15, 1 notaire sur 2, 20 autorités contractantes sur 32 et 11 opérateurs économiques sur 17.

⁶⁹⁸ Les mesures juridiques sont des évolutions normatives (législatives ou réglementaires) ou des mesures de droit souple comme la publication ou la mise à jour de guides à destination des autorités contractantes et des opérateurs économiques. Les mesures opérationnelles sont les réponses d'ordre opérationnel pouvant être mises en œuvre par les autorités contractantes elles-mêmes directement.

⁶⁹⁹ Soit : 6 avocats sur 11, 1 notaire sur 1, 14 autorités contractantes sur 20 et 6 opérateurs économiques sur 9.

⁷⁰⁰ Soit : 4 avocats sur 11, 4 autorités contractantes sur 20 et 1 opérateur économique sur 9.

⁷⁰¹ Soit : 1 avocat sur 11, 2 autorités contractantes sur 20 et 2 opérateurs économiques sur 9.

⁷⁰² Soit : 6 avocats sur 11, 13 autorités contractantes sur 20 et 5 opérateurs économiques sur 9.

⁷⁰³ Soit : 2 avocats sur 11, 1 notaire sur 1, 8 autorités contractantes sur 20 et 5 opérateurs économiques sur 9.

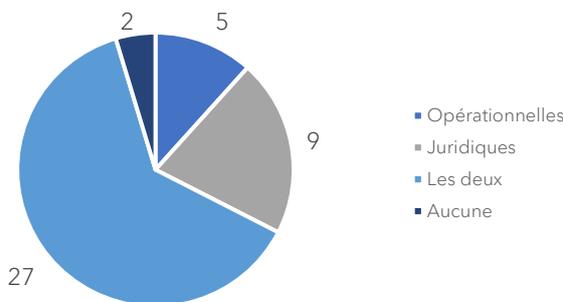
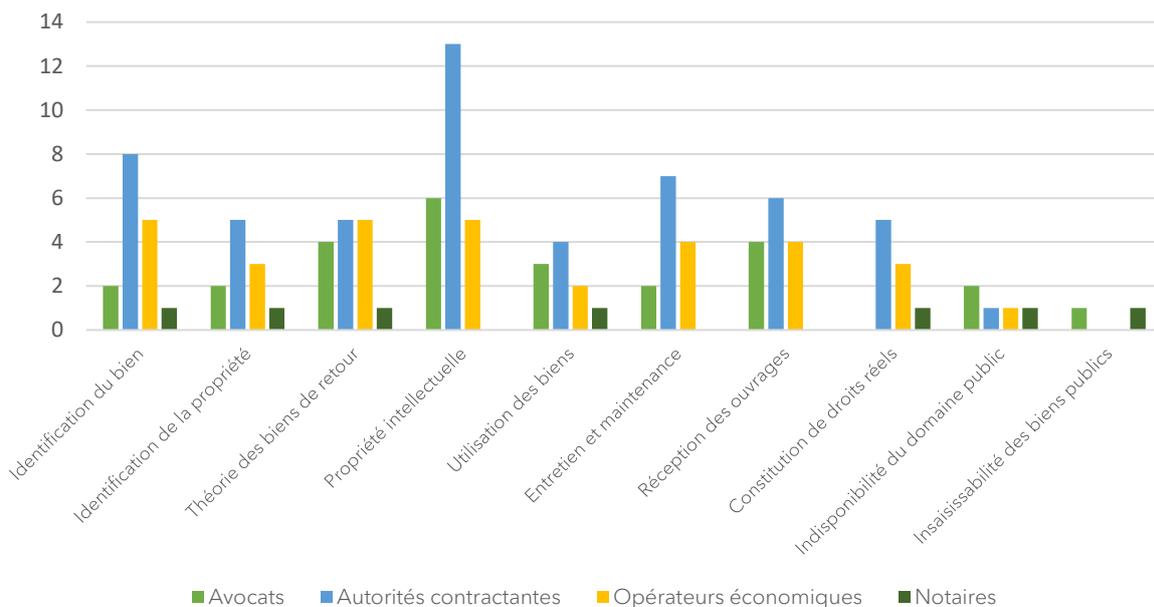
⁷⁰⁴ Soit : 4 avocats sur 11, 1 notaire sur 1, 5 autorités contractantes sur 20 et 5 opérateurs économiques sur 9. Un opérateur économique souhaiterait une meilleure prise en compte de la protection du savoir-faire des concessionnaires. Un avocat insiste sur la nécessité d'une définition objective des biens de retour pour protéger le domaine public. Cependant, « pour les cas "frontières", il pourrait être laissé une place à la commune intention des parties, ce qui serait de nature à renforcer la sécurité juridique des parties ».

⁷⁰⁵ Soit : 4 avocats sur 11, 6 autorités contractantes sur 20 et 4 opérateurs économiques sur 9. Une autorité contractante insiste sur ce point en expliquant que : « Ce sont des opérations fondamentales pour les agents de terrain qui peuvent entraîner, si elles sont mal conduites ou mal maîtrisées, des conséquences dommageables importantes pour la personne publique propriétaire. »

⁷⁰⁶ Soit : 2 avocats sur 11, 7 autorités contractantes sur 20 et 4 opérateurs économiques sur 9.

l'identification de la propriété des biens publics (11 sur 43, soit 25,58 %⁷⁰⁷), l'utilisation des biens publics en cours d'exécution contractuelle (10 sur 43, soit 23,26 %⁷⁰⁸), la constitution de droits réels ou de sûretés réelles (9 sur 43, soit 20,93 %⁷⁰⁹). Les attentes sont plus rares en matière d'indisponibilité du domaine public (5 sur 43, soit 11,63 %⁷¹⁰) et d'insaisissabilité des biens publics (2 sur 43, soit 4,65 %⁷¹¹)⁷¹².

Figure 2.09 : Attentes des sondés en matière de statut des biens dans les contrats publics



⁷⁰⁷ Soit : 2 avocats sur 11, 1 notaire sur 1, 5 autorités contractantes sur 20 et 3 opérateurs économiques sur 9.

⁷⁰⁸ Soit : 3 avocats sur 11, 1 notaire sur 1, 4 autorités contractantes sur 20 et 2 opérateurs économiques sur 9.

⁷⁰⁹ Soit : 1 notaire sur 1, 5 autorités contractantes sur 20 et 3 opérateurs économiques sur 9.

⁷¹⁰ Soit : 2 avocats sur 11, 1 notaire sur 1, 1 autorité contractante sur 20 et 1 opérateur économique sur 9.

⁷¹¹ Soit : 1 avocat sur 11 et 1 notaire sur 1.

⁷¹² Il convient de souligner que certaines données apparaissent *a priori* contradictoires avec d'autres résultats du sondage en ligne, notamment sur la constitution de droits réels, l'insaisissabilité des biens publics et l'indisponibilité du domaine public. Cette différence peut se comprendre, d'une part, par l'absence de réponse de certains participants à la thématique consacrée, et, d'autre part, au fait que leurs attentes ne peuvent être qu'opérationnelles et non forcément juridiques.

Attentes précisées. Les enquêtés ont choisi de mettre l'accent sur la nécessité de clarification de la répartition des biens, de la définition de critères en matière d'entretien, de la fin de la soumission des remontées mécaniques et des casinos au régime des délégations de service public, la création d'un titre spécifique pour le domaine public mobilier, la réglementation du crédit-bail et de la division en volume, l'extension de la mise en concurrence sur le domaine privé et l'adoption d'une appréciation *in concreto* par la DIE.

Répartition des biens. Un avocat propose d'opérer un « *travail de traduction* » afin de mieux flécher les biens de retour, biens de reprise et biens propres. Il souhaite aussi que le maillage de ce triptyque avec la commande publique soit plus clair. Une autorité contractante désirant racheter une flotte de véhicule, par exemple, doit être sûre qu'elle ne risque pas de voir ce rachat requalifié en contrat de la commande publique si le contrat n'a pas été suffisamment précis sur la possibilité de rachat. Le juge pourrait en effet considérer que la personne publique entend satisfaire ses besoins. Ce propos rejoint la doléance d'une autorité contractante qui plaide pour une simplification de la définition des biens. Il considère que la classification des biens et leur définition demeurent très complexes, même pour des situations anecdotiques comme « *l'inventaire d'un restaurant et le sort des couverts* ».

Une autorité contractante indique également que le code de la commande publique ne devrait pas s'intéresser qu'aux biens relevant des concessions de service public. Les biens des autres concessions et des marchés doivent être pris en compte.

Entretien des biens. Un autre expert porte une attention particulière à l'entretien des biens publics et à ses enjeux. L'échéance de certains contrats d'envergure se rapprochant, la restitution des ouvrages en bon état d'entretien se posera dans les années à venir. Ce sera l'occasion pour le juge, en cas de contentieux, de définir les « *les critères d'une infrastructure en bon état* », qui serviront de modèle pour les contrats futurs.

Par ailleurs, l'expert estime que le CCAG gagnerait en clarté si des précisions étaient apportées aux conditions de la mise à disposition. Il affirme en effet que :

« Dans les projets complexes, qui impliquent plusieurs titulaires, les dispositions ne sont pas suffisamment claires. C'est assez délicat pour déterminer les responsabilités de chacun. Une forme d'accord entre les différentes parties existe, mais demeure insuffisante. »

Un deuxième avocat souhaite que les remontées mécaniques et les casinos ne puissent plus être considérés comme devant faire l'objet de délégations de services publics. Il serait en effet « *légitime de questionner leur qualification de service public au regard de la mutabilité du service public* ».

Il est en ce sens rejoint totalement par l'un de ses confrères sur le retrait des casinos du régime des services publics et partiellement en ce qui concerne les remontées mécaniques. Il soutient en effet qu'elles demeurent « *très structurantes en termes d'exploitation des espaces de montagnes et ont un impact sur des espaces protégés depuis la loi de 1985* ». Il propose alors d'en faire des « *délégation de service public sui generis avec des règles particulières afin que certains biens qualifiés de biens de retour ne le soient pas et que la personne publique dispose de plus de libertés* ».

Biens mobiliers. Le troisième avocat ayant émis des recommandations plaide tout simplement pour que le Code général de la propriété des personnes publiques contienne une « *vraie partie consacrée aux biens mobiliers du domaine public* » afin de disposer d'un « *corpus juridique assez clair pour expliquer que l'acquisition d'un certain nombre de ces biens relève du service public* ». Un opérateur économique milite en faveur de l'admission de la « *nature mobilière du mobilier urbain* ».

Financement. Un quatrième avocat s'étonne de l'insuffisance de la réglementation sur le crédit-bail en particulier sur le sort des biens et la nature de la sureté consentie au prêteur sur les biens. Ce silence est à l'origine de « *vrais sujets sur le statut des biens et leur répartition tripartite* ». Le régime du crédit-bail doit être « *renforcé pour rassurer les investisseurs et les entreprises* ».

Un notaire relève que le Code général de la propriété des personnes publiques manque de précision en ce qui concerne la possibilité d'hypothéquer des droits réels en vue de financer un BEA. Des difficultés interviennent lorsque le bien est revendu à un investisseur.

Un autre notaire se dit également favorable à l'instauration d'un mécanisme permettant de « *signer une promesse de vente, de maintenir l'affectation, de désaffecter puis de vendre* ». Il considère en effet que les opérateurs économiques souhaitent en effet que la désaffectation se réalise dans les jours qui précèdent la vente.

Domanialité. Un autre avocat propose de mettre fin aux sous-occupations du domaine public prévues dans des baux commerciaux. De même, un encadrement de la division en

volume s'avère nécessaire : « *La division en volume ne se fonde sur aucun texte, mais sur une interprétation par le juge de la copropriété* ». Il s'insurge en effet contre certains acteurs qui se sont servi de la division en volume et de son manque d'encadrement pour construire sur du domaine public. Cette position est partagée par un avocat participant aux sondages en ligne pour qui la division en volumes devrait être un mécanisme plus facile à mettre en œuvre.

Par ailleurs, un avocat aimerait également que l'arrêt *Union de coopératives agricoles Epis-Centre Nord* du 13 novembre 2013 (précité) fasse l'objet d'une confirmation. Cet arrêt classé C consacre le maintien du droit de propriété de l'occupant privatif du domaine public sur les ouvrages réalisés en cas de renouvellement de son titre.

Enfin, une collectivité territoriale sondée propose, dans chaque collectivité, la création d'une « *commission de l'inventaire* » chargée d'inventorier les biens de la collectivité et de les classer entre domaine privé et domaine public. Cet inventaire serait à faire en début et en fin de mandat, à l'image des archives, avec un procès-verbal de récolement signé par l'ancien maire et le nouveau maire.

Contrats. En outre, un autre avocat fait cas de son désarroi face aux demandes des autorités contractantes qui n'ont pas toujours conscience du risque de requalification de la convention d'occupation temporaire du domaine public en contrats de la commande publique en cas de critère de choix trop précis.

Le fait pour la collectivité publique de ne pas disposer d'un pouvoir coercitif, hormis la résiliation, à l'égard de l'occupant du domaine public en cas de non-respect des engagements contractuels, constitue aussi un problème pour la personne publique lorsque l'activité économique exploitée présente un intérêt pour celle-ci.

Un notaire souhaite plus de souplesse, en pratique, pour la passation des contrats. Il n'est pas, selon lui, opportun d'exiger le respect des règles de passation dans le cadre des dérogations existantes en droit de la commande publique. Il ne s'agit cependant pas d'exclure un nouveau cas du code de la commande publique. Les règles actuelles doivent être conservées.

Dans la continuité, s'agissant des conventions d'occupation domaniale, une collectivité territoriale sondée souligne les incertitudes juridiques sur les mesures de publicité et mise en concurrence à mettre en œuvre (et sur la partie qui en a la charge : le concédant ou le concessionnaire) pour les parcelles relevant du domaine privé des personnes publiques et pour les projets sur le domaine public concédé d'une durée supérieure à une concession (c'est-à-dire,

« à cheval sur la concession et une période post-concession »). Une clarification serait bienvenue sur ce point, selon elle.

Poursuivant, l'expert souligne la nécessité de la mise en concurrence même pour les biens du domaine privé. « D'ailleurs, il le faut aussi pour les ventes immobilières », assène-t-il. Il est en cela rejoint par un autre expert qui souhaite que la possibilité offerte aux collectivités territoriales de céder leurs biens sans procéder à une mise en concurrence, contrairement à l'État, ne puisse pas perdurer.

Vente des biens publics et avis des Domaines. Les avis de la DIE sont de plus en plus contestés. Les méthodes d'évaluation des biens sont, en effet, sujettes à caution, car il est difficile d'avoir des points de comparaison. L'évaluation est d'autant plus critiquable lorsque les Domaines se contentent, selon un expert, d'une appréciation figée.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 4

Il ressort de la phase prospective des enquêtes une ferme volonté de voir une amélioration des règles actuellement en vigueur.

Le premier point à améliorer concerne la répartition tripartite des biens. Les enquêtes souhaitent qu'une clarification soit apportée aux notions de biens, de retour, de reprise et de biens propres. De plus, les biens des autres concessions et des marchés doivent aussi faire l'objet d'une réglementation.

Ensuite, l'entretien des biens, eu égard à la fin prochaine de concessions importantes, mérite d'être traité. Les notions afférentes doivent aussi être définies, voire assorties de critères.

En outre, certaines enquêtes, notamment des avocats, souhaitent le retrait des remontées mécaniques et des casinos du champ des délégations de service public ou a minima l'application à ces secteurs d'un régime distinct de celui applicable aux délégations de service public classique et au sort de leurs biens en fin de contrat.

Le quatrième point d'ajustement est relatif aux biens mobiliers relevant du domaine public. Un avocat souhaite que leur soit dédiée une partie entière dans le Code général de la propriété des personnes publiques. De plus, des préoccupations sont exprimées concernant l'imprécision de la réglementation encadrant le crédit-bail et les biens qui s'y rattachent. Par ailleurs, des voix s'élèvent en faveur de l'encadrement de la division en volume. La mise en concurrence doit être étendue aux ventes des biens publics des collectivités territoriales et aux mises à disposition du domaine privé. Enfin, les Domaines sont invités à émettre des avis qui tiennent compte de la réalité et des projets envisagés.

PARTIE 3

PROPOSITIONS DE
RECOMMANDATIONS

Accompagner les acteurs de la commande publique
Moderniser la réglementation



PARTIE 3 : PROPOSITION DE RECOMMANDATIONS

INTRODUCTION

Principaux constats. Les entretiens et les sondages⁷¹³, menés entre décembre 2024 et mars 2025, permettent de dresser plusieurs constats sur le statut des biens dans les contrats publics⁷¹⁴.

Tout d’abord, les praticiens relèvent des difficultés dans l’identification du statut d’un bien public, en particulier pour déterminer si le bien a intégré à un moment le domaine public et a fait l’objet d’un déclassement, à défaut de registre à jour. En outre, l’identification du propriétaire d’un bien peut être délicate, notamment en cas de revendications croisées entre personnes publiques sur un même bien immobilier, ou lors d’un empiètement d’un concessionnaire sur le domaine public d’une autre entité, ou encore dans les cas de succession d’occupants du domaine public, lorsque la personne publique refuse de reprendre les biens installés par l’ancien occupant. Il en va de même en matière de propriété intellectuelle où nombreux sont les enquêtés à souligner le manque de compétence en droit de la propriété intellectuelle des juristes en droit de la commande publique. À titre d’exemple, une tendance des autorités contractantes à exiger la pleine propriété intellectuelle se constate, alors qu’une simple cession de droits d’usage suffirait. En tout état de cause, la contractualisation du statut et de la propriété des biens est perçue comme une solution pragmatique et efficace.

Ensuite, la théorie des biens de retour a suscité de nombreuses réactions tant de la part de la doctrine que de celle des enquêtés, avec des positions parfois opposées. Il demeure que la

⁷¹³ Voir : Partie 2.

⁷¹⁴ À titre de rappel, les contrats publics analysés dans ce rapport sont les contrats de la commande publique (marchés et concessions) ainsi que les conventions d’occupation domaniale constitutives ou non de droits réels. Les contrats de cession immobilière sont exclus du champ de l’étude.

majorité des participants aux entretiens et aux sondages ont témoigné de difficultés concrètes dans l'identification des biens de retour, des biens de reprise et des biens propres qui tiennent à l'imprécision des critères du triptyque, notamment le critère de la nécessité au fonctionnement du service, jugé flou et inadapté. Les biens incorporels et les provisions pour renouvellement illustrent les problèmes pratiques et juridiques que rencontrent certains praticiens. Des éclaircissements sont donc attendus sur ce point⁷¹⁵.

Par ailleurs, une attention particulière a été portée par certains enquêtés sur les obligations d'entretien et de maintenance des biens. Ces obligations génèrent des différends en raison de l'imprécision du contenu et des modalités que ces termes sont censés revêtir. Le contrôle de l'effectivité de l'entretien et de la maintenance durant l'exécution du contrat fait aussi défaut. Les notions d'entretien normal ou encore de l'état attendu des biens en fin de contrat sont souvent, en raison de leur caractère équivoque, à l'origine de litiges⁷¹⁶.

La mise en concurrence des occupations domaniales a également fait réagir la doctrine et les praticiens. Ceux-ci se divisent sur l'application ou non des obligations de publicité et de mise en concurrence de la délivrance des titres d'occupation temporaire à caractère économique des biens considérés comme rare relevant du domaine privé des personnes publiques. Il ressort de la doctrine, des entretiens et des sondages des différences d'interprétation de l'article 12 de la directive européenne « Services » du 12 décembre 2006, de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, et de la décision du Conseil d'État du 2 décembre 2022, *Commune de Biarritz*. Il convient de clarifier ce point pour renforcer la sécurité juridique des occupations domaniales délivrées par les propriétaires publics.

Quant au régime de protection des biens publics marqué par les principes d'inaliénabilité du domaine public et d'insaisissabilité des biens publics, il ne rend pas impossible le

⁷¹⁵ En raison de la récente décision du Conseil d'État (17 juillet 2025, *Commune de Berck-sur-Mer*, n° 503317) sur la qualification de biens de retour aux biens affectés au fonctionnement du service public et nécessaires à celui-ci qui sont la propriété de tiers liés au concessionnaire, la Chaire n'estime plus utile de formuler de propositions sur ce point.

⁷¹⁶ À noter : malgré le partage de certaines difficultés en matière de réception ou de garde, les enquêtés n'attendent aucune évolution particulière sur ces points. La Chaire entendait recommander, au départ, de préciser, dans le CCAG-Travaux ou dans un guide, les conséquences du retrait de la réception sous réserve d'épreuves en cas de défaillance des épreuves et le régime de la garde en cas de coactivité pour une meilleure identification des responsabilités. Ces recommandations sont abandonnées à la suite d'échanges postérieurs avec un certain nombre de praticiens. En effet, ils ont estimé que la détermination du responsable de la garde en cas de coactivité ne nécessitait une recommandation juridique ou opérationnelle car elle ne constituait pas un problème insurmontable en pratique. Les questions liées à la garde sont, en effet, réglées contractuellement. Dans le cadre d'une cotraitance, elles sont définies à l'intérieur même du groupement. En ce qui concerne, les réceptions sous réserve, il convient de relever que lorsque les essais ne sont pas concluants, ce qui n'arrive que rarement, les parties sont généralement couvertes par une sureté particulière prévue en amont.

financement des projets publics. Des précisions pourraient toutefois être apportées au principe d'insaisissabilité, selon certains experts, pour faciliter les financements en clarifiant les voies administratives d'exécution et en reconnaissant certains montages comme la fiducie-sûreté.

Enfin, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités ne pose pas de difficultés pratiques. Pour autant le droit pourrait être clarifié pour intégrer les récentes évolutions jurisprudentielles⁷¹⁷.

Dès lors, au regard des données récoltées lors des enquêtes de terrain⁷¹⁸ et de l'état du droit et de la doctrine⁷¹⁹, la Chaire propose 17 recommandations. Celles-ci sont réparties en 3 sections qui suivent le triptyque structurel de cette recherche : l'identification de la nature et de la propriété des biens dans les contrats publics, l'utilisation des biens publics dans les contrats publics et la protection des biens publics dans les contrats publics.

Identification de la nature et de la propriété. Sur l'identification de la nature et de la propriété des biens publics dans les contrats publics, la Chaire propose 3 axes de réflexions :

- **Axe n° 1 :** Améliorer l'identification de la propriété des biens publics, en particulier en matière de propriété intellectuelle, de succession d'occupations domaniales et de coopération intercommunale ;
- **Axe n° 2 :** Simplifier l'identification de la nature des biens publics pour s'assurer de l'appartenance ou non du bien au domaine public de la personne publique et pallier les difficultés que rencontrent notamment les notaires dans cette tâche ;
- **Axe n° 3 :** Recentrer la théorie des biens de retour sur le principe de continuité du service public en précisant les notions de biens de retour, de biens de reprise et de biens propres.

Utilisation des biens publics. Par ailleurs, la Chaire dresse 4 axes de réflexions sur l'utilisation des biens publics dans les contrats publics :

- **Axe n° 4 :** Renforcer la concurrence dans l'attribution des conventions domaniales à caractère économique afin de réduire les risques d'incompatibilité du droit français avec le droit européen ;

⁷¹⁷ Voir : Partie 1, Section 3.

⁷¹⁸ Voir : Partie 2.

⁷¹⁹ Voir : Partie 1.

- **Axe n° 5 :** Clarifier les obligations d'entretien et de maintenance des biens publics dans les contrats de la commande publique pour circonscrire la notion d'entretien normal et instaurer un contrôle régulier des obligations d'entretien des cocontractants ;
- **Axe n° 6 :** Assurer la continuité et le bon fonctionnement du service public en cas de reprise en régie pour prendre acte des conséquences de la décision *Commune de Propriano*⁷²⁰.

Protection des biens publics. Enfin, s'agissant des répercussions du régime de protections des biens publics sur les contrats publics, 2 axes de réflexion ont été privilégiés :

- **Axe n° 7 :** Concilier le principe d'insaisissabilité des biens publics avec les nécessités résultant du financement des projets publics pour en préciser les contours au regard des voies d'exécution administratives et pour reconnaître la validité de la fiducie-sûreté dans certains contrats publics (marchés de partenariat, contrats de concession et conventions occupations domaniales constitutives de droits réels) ;
- **Axe n° 8 :** Prévenir les libéralités consenties par les personnes publiques en renforçant l'expertise de l'organisme en charge de la gestion des biens publics et en précisant dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT) le régime de la mise à disposition des biens communaux aux associations culturelles.

Propositions de recommandations. Par conséquent, à la suite des recherches doctrinales et des enquêtes de terrain, la Chaire propose les 17 recommandations suivantes :

- **Recommandation n° 1 :** La formation des agents publics et élus au droit de la propriété intellectuelle ;
- **Recommandation n° 2 :** L'établissement d'un formulaire DC d'inventaire des connaissances antérieures ;
- **Recommandation n° 3 :** La confirmation du maintien du droit de propriété de l'occupant du domaine public sur les installations réalisées en cas de renouvellement de son titre dans les conventions d'occupation du domaine public ;
- **Recommandation n° 4 :** L'obligation faite aux personnes publiques de déterminer le régime domanial du bien avant la conclusion de tout acte de gestion ou de disposition ;

⁷²⁰ CE, Sect., 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*, n° 368294.

- **Recommandation n° 5** : La création d'une plateforme numérique de recensement des actes de déclassement des biens du domaine public ;
- **Recommandation n° 6** : La pratique prudentielle de l'appartenance au domaine public du bien d'une personne publique ;
- **Recommandation n° 7** : La réduction de la qualification des biens de retour et de reprise des concessions et exigence d'une déclaration d'apport des biens propres au concessionnaire ;
- **Recommandation n° 8** : L'extension de la théorie des biens de retour aux marchés confiant la gestion d'une mission de service public ;
- **Recommandation n° 9** : L'exclusion des provisions pour renouvellement de la catégorie des biens de retour ;
- **Recommandation n° 10** : La généralisation de l'obligation de publicité et de mise en concurrence dans l'attribution des conventions d'occupation des biens du domaine privé rares et présentant un intérêt économique transfrontalier ;
- **Recommandation n° 11** : La définition contractuelle des notions d'entretien normal et d'infrastructure en bon état ;
- **Recommandation n° 12** : Le renforcement du contrôle régulier de l'état d'entretien des biens utilisés dans les contrats publics ;
- **Recommandation n° 13** : La codification de la décision du Conseil d'État *Commune de Propriano* dans le Code de la commande publique ;
- **Recommandation n° 14** : La précision dans le Code général de la propriété des personnes publiques des tempéraments au principe d'insaisissabilité ;
- **Recommandation n° 15** : La reconnaissance de la fiducie-sûreté à titre accessoire de contrats publics ;
- **Recommandation n° 16** : Le renforcement de l'expertise de l'organisme en charge des Domaines ;
- **Recommandation n° 17** : Préciser dans le Code général des collectivités territoriales la mise à disposition gratuite des locaux communaux à des associations culturelles.

La suite des développements détaille l'ensemble de ces recommandations au sein de chacun des axes et chacune des sections⁷²¹.

⁷²¹ Une recommandation secondaire est également portée par la Chaire de droit des contrats publics, celle de la désaffectation juridique pour les biens affectés à un service public faisant l'objet d'une cession ou reprise par une

SECTION 1 : LES RECOMMANDATIONS LIÉES À L'IDENTIFICATION DE LA NATURE ET DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS PUBLICS

Axes. Trois axes composent cette première section. Le premier concerne l'amélioration de l'identification de la propriété des biens publics (**Axe n° 1**). Le deuxième s'intéresse à la simplification de la nature des biens publics (**Axe n° 2**). Enfin, une attention particulière est portée sur l'application de la théorie des biens de retour (**Axe n° 3**).

Axe n° 1 : Améliorer l'identification de la propriété des biens publics

Objectif. Cet axe se focalise sur les mesures permettant d'améliorer l'identification de la propriété des biens publics. En ce qui concerne les biens incorporels, la formation des agents publics et des élus au droit de la propriété intellectuelle s'avère nécessaire pour éviter les appropriations publiques excessives (**Rec. 1**). Il en va de même pour l'établissement d'un formulaire DC d'inventaire des connaissances antérieures (**Rec. 2**). En matière de biens corporels, la confirmation du maintien du droit de propriété de l'occupant du domaine public sur les installations en cas de renouvellement de son titre (**Rec. 3**) est vivement conseillée.

entreprise privée. Dans ce cas-là, la désaffectation matérielle est impossible du fait de la reprise de l'activité par l'opérateur économique privé. Seule la désaffectation juridique permettrait de sortir clairement le bien de la domanialité publique. Un complément à l'article L. 2141-1 du Code général de la propriété des personnes publiques pourrait ainsi être opportun. À défaut, des précisions pourraient être apportées par la jurisprudence, à l'image de la décision du Conseil d'État du 12 mars 2025, n° 488167 (cons. 8 et 9).

Recommandation n° 1 : La formation des agents publics et élus au droit de la propriété intellectuelle

RECOMMANDATION N° 1

Former les agents publics et élus à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle adaptées à leurs besoins et aux intérêts en présence.

Justification. La problématique du statut des biens incorporels dans les contrats publics a été abondamment soulevée lors des entretiens. Les opérateurs économiques et les avocats interrogés ont notamment fait état de leur désarroi face à la volonté de certaines collectivités, s'appuyant sur les cahiers des clauses administratives générales, de disposer, même après l'exécution du contrat, de droits exclusifs, sur des biens protégés par la propriété industrielle tels que des logiciels, des marques ou des designs de mobilier urbain réalisés dans le cadre du contrat.

La volonté des autorités contractantes de disposer de droits exclusifs sur les biens incorporels réalisés ou utilisés dans le cadre du contrat serait la conséquence du manque de formation des agents publics et de leurs conseils en matière de propriété intellectuelle. Alors que la cession de droits d'usage suffit dans la majorité des cas, les personnes publiques revendiquent des droits de propriété, car elles croient, à tort, se protéger contre tout recours en cas d'utilisation après le contrat.

Cette volonté se heurte, en pratique, à celle des opérateurs économiques qui souhaitent faire valoir ce savoir-faire auprès d'autres collectivités et à celle des tiers détenteurs de licences sur tout ou partie de ces biens.

Par ailleurs, l'enquête a démontré que le « *phénomène de standardisation* » des clauses contenues dans les contrats administratifs est de nature à nuire à la qualité et à l'effectivité de ces clauses, notamment en matière de propriété intellectuelle⁷²². En effet, les contrats contiennent souvent des clauses de propriété intellectuelle, qui sont des « copier-coller » de clauses présentes dans des contrats qui diffèrent par leur objet et par la nature des biens en présence⁷²³. Les collectivités désirent disposer de l'ensemble des droits, alors que leurs besoins

⁷²² *Idem.*

⁷²³ *Idem.*

nécessitent de disposer uniquement de droits d'utilisation. Certains contrats font référence à des clauses de propriété intellectuelle contenues dans les Cahiers des clauses administratives générales sans en mesurer la portée ou la pertinence. Les clauses sévères, qui entrent en contradiction avec les spécificités des biens réalisés ou utilisés dans le cadre du contrat et avec la commune intention des parties. C'est la raison pour laquelle un nombre d'acteurs des contrats publics interrogés appelle à un retour du « *sur-mesure* ».

Conciliation. Pour favoriser la conciliation entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit des contrats publics, la chaire recommande l'organisation de séances de formation en droit de la propriété intellectuelle à l'endroit des agents publics. Ces séances devraient permettre aux agents publics et à leurs conseils, généralement avocats publicistes, à comprendre les enjeux du droit de la propriété intellectuelle et ses incompatibilités potentielles avec le droit des contrats publics. Le statut d'un bien incorporel protégé par un brevet ou par divers droits ne saurait être réglé de la même façon que le statut d'un résultat quelconque.

Les formations pourront donc être menées par des cabinets d'avocats, par des universitaires ou par les services du ministère de l'Économie et des Finances, dont l'expertise en droit de la propriété intellectuelle et industrielle est reconnue, en prenant le soin de veiller à adapter leur propos au droit des contrats publics. Ils pourront à cet effet s'approprier les guides publiés par la Direction des affaires juridiques (DAJ)⁷²⁴ et par la mission Appui au patrimoine immatériel de l'État (APIE)⁷²⁵ du ministère de l'Économie et des Finances. À défaut, une plus large diffusion de ces guides est vivement recommandée.

La formation des agents publics renforcerait leur connaissance des clauses prêtes à l'emploi contenues dans les CCAG, tout en leur laissant le soin d'y déroger au profit de clauses propriété intellectuelle « sur-mesure ». Ces clauses pourraient aussi être utilisées dans les contrats administratifs autres que les marchés publics qui sont les seuls à disposer de clauses administratives générales préétablies.

⁷²⁴ Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, « La clause de propriété intellectuelle », fiche technique, 2021, disponible en ligne à l'adresse suivante : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/guideCCAG/Fiche1_10_Propriete-intellectuelle.pdf

⁷²⁵ Mission Appui au patrimoine immatériel de l'État du ministère de l'Économie et des Finances, « Propriété intellectuelle : les droits de l'acheteur et du titulaire dans les nouveaux CCAG de 2021 », 2021, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/apie/propriete_intellectuelle/publications/Guide_CCAG2104.pdf?v=1619629218.

Volonté. Il convient de relever que cette recommandation n'ayant qu'un caractère incitatif, son effectivité dépend en grande partie de la bonne volonté des personnes publiques et des moyens qu'ils peuvent se permettre à déboursier. Le compte personnel de formation des agents pourra être mobilisé.

Recommandation n° 2 : L'établissement d'un formulaire DC d'inventaire des connaissances antérieures

RECOMMANDATION N° 2

Établir un formulaire DC listant les connaissances antérieures de l'opérateur économique afin d'éviter leur appropriation publique.

Justification. L'article 33 du CCAG-PI dispose que « *À défaut d'identification expresse en tant que connaissance antérieure (standard ou non) dans l'offre ou en cours d'exécution, tout élément livré en exécution du marché est réputé être un résultat* ». Il résulte de cet article que la connaissance antérieure est alors soumise au régime du résultat. Elle est donc considérée comme la propriété de l'autorité contractante.

Formulaire DC. Pour prévenir ce risque, l'article 33.2 du CCAG-PI autorise les opérateurs économiques à identifier l'ensemble de leurs connaissances antérieures dans leurs offres. Toutefois, un opérateur économique a fait savoir lors des enquêtes que les opérateurs économiques ne sont pas toujours à mesure d'énumérer l'ensemble de leurs connaissances antérieures. Un formulaire DC établi par la DAJ du ministère de l'Économie et des Finances pourrait pallier ce problème⁷²⁶. L'énumération exhaustive des connaissances antérieures réduirait les risques de litiges sur le statut des biens.

⁷²⁶ Voir la synthèse des entretiens : Partie 2, Section 2, §I.

Recommandation n° 3 : La confirmation du maintien du droit de propriété de l'occupant du domaine public sur les installations réalisées en cas de renouvellement de son titre dans les conventions d'occupation du domaine public

RECOMMANDATION N° 3

Confirmer la décision *Epis-Centre Nord* relative au maintien du droit de propriété de l'occupant du domaine public sur les installations réalisées en cas de renouvellement de son titre dans les conventions d'occupation du domaine public.

Justification. Le Conseil d'État s'est prononcé en ce sens dans l'arrêt *Union de coopératives agricoles Epis-Centre Nord* du 13 novembre 2013. Cette décision d'espèce affirme le maintien du droit de propriété de l'occupant du domaine public sur les biens édifiés en cas de renouvellement de son titre d'occupation. Deux personnes publiques interrogées ont admis recourir à cette clause. La confirmation de cette décision est vivement souhaitée par la pratique, tant par les personnes publiques propriétaires que par leurs cocontractants et leurs conseils. Elle est attendue par les personnes publiques, car elle permettrait de maintenir l'obligation d'entretien à la charge de la personne privée, de même que le versement des charges fiscales durant la période de transition. Cette décision limite, en effet, la théorie de l'accession prévue à l'article 555 du Code civil et transposé au droit des biens publics par l'entremise des articles L. 2122-9 du Code général de la propriété des personnes publiques et L. 1311-7 du Code général des collectivités territoriales, à condition qu'il n'y ait aucun temps de latence entre les deux occupations successives.

Il convient de relever que la Cour de justice de l'Union européenne n'établit pas de nuance, contrairement au Conseil d'État, entre « *le renouvellement d'un titre d'occupation et l'attribution d'un nouveau titre, même s'il n'y a pas de changement d'occupant, à tout le moins au prisme de l'atteinte à la liberté d'établissement* »⁷²⁷. Elle a en effet considéré, dans un arrêt *Società Italiana Imprese Balneari Srl* du 11 juillet 2024⁷²⁸, que le renouvellement d'un titre

⁷²⁷ Caroline CHAMARD-HEIM, « Accession gratuite par le propriétaire du domaine public des constructions réalisées par l'occupant et conformité à la liberté d'établissement », *Ctts et MP*, 2024, n° 11, comm. 27.

⁷²⁸ CJUE, 11 juil. 2014, *Società Italiana Imprese Balneari Srl*, aff. C-598/22.

d'occupation, en ce qu'il « *se traduit par la succession de deux titres d'occupation du domaine public et non par la perpétuation ou la prorogation du premier [...] est de nature à garantir que l'attribution d'une concession ne puisse intervenir qu'à l'issue d'une procédure de mise en concurrence plaçant l'ensemble des candidats et des soumissionnaires sur un pied d'égalité* »⁷²⁹. Le renouvellement ne saurait remettre en cause le mécanisme de l'accession.

Modalités. La solution retenue dans la décision *Epis-Centre Nord* s'applique lorsqu'elle est prévue par le titre d'occupation et même dans les cas où elle ne figurait pas expressément dans les titres d'occupation⁷³⁰. Par conséquent, sa confirmation devrait passer par sa codification⁷³¹. Cela permettrait de donner plus de visibilité à cette solution et de force obligatoire.

Pour autant, il semble judicieux que cette règle soit supplétive, dans le silence du contrat. Une clause du titre d'occupation pourrait l'écartier afin de laisser une marge d'appréciation aux propriétaires publics selon les biens en cause et les finalités poursuivies.

CODE GÉNÉRALE DE LA PROPRIÉTÉ DES PERSONNES PUBLIQUES	
Version actuelle	Version recommandée ⁷³²
- PARTIE LÉGISLATIVE -	
Section 2 : Règles particulières à certaines occupations	Section 2 : Règles particulières à certaines occupations
Sous-section 1 : Dispositions applicables à l'État et à ses établissements publics.	Sous-section 1 : Dispositions applicables à l'État et à ses établissements publics.
Paragraphe 1 : Dispositions communes.	Paragraphe 1 : Dispositions communes.
Article L2122-9 (<i>Inchangé</i>)	Article L. 2122-9 (<i>Nouveau</i>)

⁷²⁹ *Idem*, par. 58.

⁷³⁰ CE, Sect., 21 nov. 1978, *K.*, n° 72878 ; CAA Marseille, 9 avr. 2009, *Ministre de l'Écologie*, n° 07MA04634.

⁷³¹ Comme le souligne, lors des discussions au sein de la Chaire, un membre du conseil scientifique, une telle proposition nécessitera probablement d'organiser cette solution même s'il existe un bref temps de succession entre les occupations, dès lors que c'est, finalement, le même occupant qui bénéficie d'un nouveau titre d'occupation.

⁷³² Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge.

Sauf à ce que le titre d'occupation l'écarte explicitement, le premier alinéa de l'article L.2122-9 n'est pas applicable en cas de renouvellement ou de succession d'un titre d'occupation du domaine public dans des conditions identiques.

Axe n° 2 : Simplifier l'identification de la nature des biens publics

Objectif. L'identification de la nature d'un bien appartenant à une personne publique constitue un enjeu majeur pour les personnes publiques et leurs cocontractants.

Pour œuvrer à une meilleure identification du régime domanial des biens, la chaire recommande de mettre à la charge des personnes publiques propriétaires le soin de déterminer le régime domanial du bien avant la conclusion de chaque contrat de gestion ou de mise à disposition (**Rec. 4**), de créer une plateforme numérique recensant les actes de déclassement des biens du domaine public (**Rec. 5**) et de considérer, à titre de règle pratique prudentielle, qu'un bien appartenant à une personne publique fait partie, par défaut, du domaine public, sauf présence d'un acte formel de déclassement (**Rec. 6**).

Recommandation n° 4 : L'obligation faite aux personnes publiques de déterminer le régime domanial du bien avant la conclusion de tout acte de gestion ou de disposition

RECOMMANDATION N° 4

Obliger les personnes publiques à déterminer le régime domanial du bien avant la conclusion de tout acte de gestion ou de disposition.

Justification. Il ressort des entretiens que les personnes publiques propriétaires ont parfois une connaissance limitée de leur patrimoine⁷³³. De plus, lorsqu'elles ont une connaissance suffisante de celui-ci, elles rencontrent souvent des difficultés à indiquer avec certitude ce qui relève du domaine public et ce qui appartient au domaine privé. Or, l'identification de la propriété publique d'un bien et de la catégorie à laquelle il appartient est une opération fondamentale dans la mesure où elle détermine le montage contractuel adéquat, le régime juridique applicable et les modalités de financement envisageables.

Obligation. L'obligation faite à la personne publique de déterminer le régime domanial du bien avant de conclure un contrat s'y rapportant pourrait figurer dans un guide sur la simplification de l'identification de la nature des biens publics élaborés conjointement par les ministères en charge des Collectivités territoriales et par la Direction de l'immobilier de l'État (DIE).

L'acte de déclassement du bien du domaine public pourrait ainsi figurer dans le dossier de consultation des entreprises lorsque la personne publique affirme que le bien objet ou support du contrat serait un bien du domaine privé.

Recommandation n° 5 : La création d'une plateforme numérique de recensement des actes de déclassement des biens du domaine public

RECOMMANDATION N° 5

Créer une plateforme numérique de recensement des actes de déclassement des biens du domaine public.

Justification. La sortie d'un bien du domaine public requiert sa désaffectation puis son déclassement⁷³⁴. La désaffectation est, en principe, matérielle. Elle peut également résulter d'un acte administratif. Elle est admise lorsqu'il est constaté que le bien n'est plus affecté au service public ou à l'usage du public. En revanche, le déclassement ne peut être que formel⁷³⁵. Il doit être expressément indiqué dans un acte administratif émis par le propriétaire du bien. Le

⁷³³ Voir Synthèse des entretiens, section 1, paragraphe 3.

⁷³⁴ Caroline CHAMARD-HEIM, « Sortie du domaine public », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 53, 2023.

⁷³⁵ CAA Marseille, 12 juin 2012, n° 11MA02074, *Ministère de l'Écologie contre Valentin*.

bien désaffecté et déclassé entre dans le domaine privé de la personne publique. Il n'est plus soumis au régime de la domanialité publique.

Si, en pratique, la désaffectation ne pose pas de difficultés, selon les personnes interrogées, il en va différemment pour le déclassement. Les doutes sur l'appartenance d'un bien au domaine public sont principalement dus aux difficultés des parties, et aussi des notaires, à savoir si le bien a été effectivement déclassé.

Mise en œuvre. La mise en œuvre d'une telle plateforme pourrait être pilotée par les ministères en charge des Collectivités territoriales et la DIE. Le Conseil supérieur du notariat pourrait y être associé. Cela éviterait aux notaires d'effectuer des recherches historiques approfondies pour retrouver l'acte formalisant le déclassement.

La plateforme permettrait d'avoir une meilleure traçabilité de ces actes. Les actes de déclassement, ayant le caractère de décisions d'espèce⁷³⁶, ils obéissent aux règles de publicité des actes administratifs réglementaires⁷³⁷. Ils sont également soumis, depuis le 1^{er} juillet 2022, à l'obligation de « publication sous forme électronique »⁷³⁸. Il s'agirait alors de regrouper tous ces actes en un seul lieu. Un numéro ou une référence pourrait être généré automatiquement pour chaque bien, à défaut de disposer de leur code cadastral.

Recommandation n° 6 : La pratique prudentielle de l'appartenance au domaine public du bien d'une personne publique

RECOMMANDATION N° 6

Considérer, à titre de règle pratique prudentielle, qu'un bien appartenant à une personne publique relève du domaine public en cas d'incertitude.

Justification. En principe, le domaine public est la catégorie d'exception⁷³⁹. Cela signifie que les biens appartenant aux personnes publiques sont réputés faire partie de leur domaine privé, sauf s'ils remplissent certaines conditions. Toutefois, le défaut de connaissance

⁷³⁶ CE, 23 oct. 1995, n° 125961, *Commune de Moisselles*.

⁷³⁷ CRPA, art. L. 221-7.

⁷³⁸ CGCT, art. L2131-1 pour les communes, art. L3131-1 pour les départements, art. L4141-1 pour les régions.

⁷³⁹ Caroline CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, PUF, 2022, p. 199.

des personnes publiques sur la nature du bien et les procédures de sortie du bien du domaine public est souvent à l'origine de la conclusion de contrats incompatibles avec le domaine public, à l'instar des baux commerciaux.

Règle de précaution. Pour prévenir les risques d'insécurité juridique qu'emporte la conclusion de tels contrats, la Chaire préconise, en cas de doute et à titre de règle pratique prudentielle, de considérer qu'un bien appartenant à une personne publique fait partie du domaine public. L'absence d'un acte formel de déclassement devrait amener les autorités contractantes et leurs conseils à plus de prudence pour éviter toute insécurité juridique quant aux montages contractuels mis en œuvre.

Attention, une telle règle pratique ne signifie aucunement que le bien relève du domaine public. Par précaution, le régime protecteur des biens du domaine public lui est appliqué, quand bien même il s'avèrerait relever du domaine privé d'une personne publique. Il s'agit finalement à titre de règle pratique prudentielle, d'appliquer l'adage « *qui peut le plus, peut le moins* », le régime des biens du domaine public étant plus contraignant que celui des biens relevant du domaine privé des personnes publiques.

Axe n° 3 : Recentrer la théorie des biens de retour sur le principe de continuité du service public

Objectif. L'application de la théorie des biens de retour dans les concessions a été au centre de nombreuses critiques de la part des praticiens dans le cadre des enquêtes de terrain. Les principaux points d'attention, pour eux, concernent les notions mêmes de biens de retour, de reprise et propres, et l'identification de certains d'entre eux, en particulier les provisions pour renouvellement au regard de la décision du Conseil d'État, *Société électricité de Tahiti*⁷⁴⁰.

Ainsi, face au constat d'un déliement de la théorie des biens de retour avec le principe de continuité du service public, il est proposé de réduire la qualification des biens de retour et de reprise en révisant le Code de la commande publique et de préciser les biens propres au concessionnaire dans une déclaration d'apport (**Rec. 7**). Par ailleurs, malgré la position mitigée

⁷⁴⁰ CE, 18 octobre 2018, n° 420097. Voir également : Christophe ROUX, « Le retour des provisions : première application de la jurisprudence Électricité de Tahiti », *JCP A*, n° 42, 2019, 2286.

des enquêtés sur cette question, la Chaire est d'avis de suivre la proposition de la doctrine⁷⁴¹ d'étendre la théorie des biens de retour aux marchés publics et marchés de partenariat confiant une mission de service public à un titulaire (**Rec. 8**). En outre, pour éviter les interprétations extensives de la décision du Conseil d'État, *Société électricité de Tahiti* (précitée), les provisions pour renouvellement, en tant qu'écriture comptable, devraient être exclues de la qualification des biens de retour (**Rec. 9**).

Recommandation n° 7 : La réduction de la qualification des biens de retour et de reprise des concessions et exigence d'une déclaration d'apport des biens propres au concessionnaire

RECOMMANDATION N° 7

Réviser le Code de la commande publique pour réduire la qualification des biens de retour et des biens de reprises aux biens nécessaires à la continuité du service public, et ajouter une déclaration d'apport du concessionnaire pour identifier ses biens propres.

Justification. Une majorité des enquêtés considère que le triptyque « *biens de retour; biens de reprise et biens propres* » engendre des difficultés juridiques et opérationnelles dans leur identification même⁷⁴². Le principal constat est celui de l'étiollement du principe de continuité du service public dans l'application de la théorie des biens de retour. La formulation consacrée par le Code de la commande publique participe effectivement à cette dislocation en privilégiant une qualification de biens de retour pour les biens résultant d'investissements du concessionnaire et qui sont nécessaires au fonctionnement du service public⁷⁴³. Or, l'expression « *nécessaire au fonctionnement du service public* » recouvre des situations plus nombreuses que celles des biens nécessaires à la continuité du service public.

⁷⁴¹ Quentin ALLIEZ, « L'extension de la jurisprudence Commune de Douai aux contrats de service du code de la commande publique », *AJDA*, 2024, p. 708 ; Hélène HOEPFFNER, « La théorie des biens de retour en dehors des concessions de service public », *AJDA*, 2022, p. 2291 ; J.-F. LAFAT, « Les biens de retour », *RFDA*, 2020, p. 937.

⁷⁴² Voir la synthèse des entretiens : Partie 2, Section 2, §III.

⁷⁴³ CCP, art. L. 3133-4, 1°.

Fonctionnement continu du service public. Pour revenir, progressivement, à une théorie des biens de retour soucieuse, non pas du simple fonctionnement du service public, mais spécifiquement de sa continuité, plusieurs pistes de modification de l'article L. 3133-4 du Code de la commande publique ont pu être évoquées lors des travaux de la Chaire.

Il a pu être envisagé de réécrire la définition des biens de retour en supprimant la notion de fonctionnement pour lui préférer celle de continuité. Seulement, une telle révision aurait un effet significatif en pratique en faisant basculer de nombreux biens, aujourd'hui considérés comme des biens de retour, en biens propres ou à tout le moins en biens de reprise. Ceci entraînerait donc des répercussions économiques non négligeables sur les stratégies financières et contractuelles de nombreuses collectivités dans une situation budgétaire tendue, même si une telle modification pouvait ne pas intervenir immédiatement et ne pas avoir d'effets rétroactifs sur les contrats en cours. De plus, certains biens doivent conserver leur qualification de biens de retour en raison de leur nécessité au fonctionnement du service public, sans qu'il soit possible de déterminer avec exactitude leur nécessité à la continuité du service. Tel est le cas des données numériques. Or, il aurait fallu supprimer toute référence au fonctionnement du service public pour la réintroduire au cas particulier des données numériques. Une telle démarche ne s'inscrit pas dans l'objectif de la Chaire de simplifier l'état du droit.

Dès lors, il est privilégié de conserver la notion de fonctionnement, mais de la circonscrire pour la rapprocher au principe de continuité, sans s'y confondre. S'il a pu être envisagé un temps de restreindre aux biens strictement nécessaires au bon fonctionnement du service public, cette idée a été rapidement évacuée. Les termes « strictement » et « bon » ne feraient qu'accroître les différends entre les concessionnaires et les autorités concédantes tant ils peuvent être sujets à interprétation. Là encore, l'objectif de la Chaire est de prévenir tout différend (et litige). En outre, il n'était pas certain que le principe de continuité du service public guide l'interprétation à donner à l'expression « *strictement nécessaires au bon fonctionnement du service public* ». Ainsi, la Chaire propose d'insister sur la continuité du service public en prévoyant la définition suivante des biens de retour : « *Les biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement continu du service public sont les biens de retour* » [Nous soulignons l'ajout]. Cette précision permet d'insister sur la justification initiale de la théorie des biens de retour et sur l'essence de la domanialité publique : l'affectation à un service public et la préservation de sa continuité.

Obsolescence technologique. Par ailleurs, il est proposé d'ajouter une disposition spécifique sur l'obsolescence de certains biens meubles afin de faire obstacle à leur retour ou à leur reprise par l'autorité concédante en fin de contrat. Leur utilisation ne présente plus d'intérêts, la restitution n'est alors pas pertinente, sauf à contraindre, à ses frais, l'autorité concédante à conserver, détruire ou recycler des biens dont elle ne peut pas faire usage. Il ne s'agit pas, ici, de prendre en compte l'obsolescence programmée d'un produit, non plus la simple mise à jour technologique (par exemple, la sortie de nouveaux modèles de produits technologiques). Sont concernées les obsolescences provenant de la fin de toute utilisation de la technologie ou de sa désuétude, comme le minitel ou l'ADSL. En somme, la disposition cible les biens meubles du concessionnaire qui, en raison de l'évolution technologique, ont perdu toute valeur d'usage. Le concessionnaire en conserve la propriété.

Données numériques. S'agissant des données numériques, puisqu'il peut être difficile de caractériser leur nécessité à la continuité du service public, il est prévu d'appliquer la simple nécessité au fonctionnement du service public pour ces biens. La codification de la jurisprudence du Conseil d'État, *Commune de Nîmes*⁷⁴⁴, est également proposée quant aux données à caractère personnel.

Encadrement de la reprise. Puisque la définition des biens de retour est modifiée, celle des biens de reprise l'est également. De même, il est proposé, pour éviter les demandes tardives de reprise, qu'un délai minimal soit respecté avant le terme de la concession pour exiger la reprise de biens non prévus initialement dans le contrat. Ce délai est de six mois minimums avant le terme du contrat.

Déclaration d'apport. Enfin, pour sécuriser les biens propres au concessionnaire, il est recommandé d'intégrer dans le Code de la commande publique une obligation de déclaration d'apport annexée au contrat, comme certains praticiens le font aujourd'hui.

⁷⁴⁴ CE, 16 mai 2022, n° 459904 : « Si la société Culturespaces soutient que les dispositions du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel y feraient obstacle, ces dispositions ne s'opposent pas, par elles-mêmes, au transfert ou à la mise à disposition des droits d'administration de pages des réseaux sociaux, et impliquent seulement, à supposer que ce transfert ou cette mise à disposition emportent la communication de données à caractère personnel, que les obligations qui s'attachent à une telle communication soient respectées. »

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	
Version actuelle	Version recommandée ⁷⁴⁵
CONTRATS DE CONCESSION	
- PARTIE LÉGISLATIVE -	
<p>Chapitre II : Occupation domaniale et biens de la concession</p> <p style="text-align: center;">Article L. 3132-4</p> <p>Lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public :</p> <p>1° Les biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public sont les biens de retour. Dans le silence du contrat, ils sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition ;</p> <p>2° Les biens, meubles ou immeubles, qui ne sont pas remis au concessionnaire par l'autorité concédante de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont les biens de reprise. Ils sont la propriété du concessionnaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat de concession ;</p>	<p>Chapitre II : Occupation domaniale et biens de la concession</p> <p style="text-align: center;">Article L. 3132-4 (Modifié)</p> <p>Lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public, <u>le contrat précise la répartition de la propriété des biens affectés à la concession entre l'autorité concédante de droit public et le concessionnaire.</u></p> <p><u>La répartition tient compte des impératifs liés à l'objet, aux modalités, au fonctionnement et à la continuité du service public concédé.</u></p> <p><u>La répartition comprend :</u></p> <p>1° Les <u>biens de retour constitués des</u> biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement <u>continu</u> du service public <u>sont les biens de retour.</u> Dans le silence du contrat, <u>ils les biens de retour</u> sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition ;</p> <p>2° Les <u>biens de reprise constitués :</u></p>

⁷⁴⁵ Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge.

3° Les biens qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise, sont des biens propres. Ils sont et demeurent la propriété du concessionnaire.

a) des biens, meubles ou immeubles, qui ne sont pas remis au concessionnaire par l'autorité concédante de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement continu du service public ~~sont les biens de reprise ;~~

b) des biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et, sans être nécessaires au fonctionnement continu du service public, sont indispensables au bon fonctionnement du service public.

~~Ils~~ **Les biens de reprise** sont la propriété du concessionnaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat de concession ;

3° Les **biens propres constitués des biens, meubles ou immeubles,** qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise, ~~sont des biens propres. Ils~~ **Les biens propres** sont et demeurent la propriété du concessionnaire.

Article L. 3132-4-1 (Nouveau)

Par dérogation à l'article L. 3132-4, les données numériques sont des biens de retour si elles sont nécessaires au fonctionnement du service public.

Si ces données numériques comportent des données à caractère personnel, leur transfert respecte les obligations découlant du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Article L. 3132-4-2 (Nouveau)

Une déclaration d'apport des biens propres au sens du 3° de l'article L. 3132-4 est annexée au contrat de concession.

Ce document recense les biens apportés initialement par le concessionnaire qui ne sont ni des biens de retour au sens du 1° de l'article L. 3132-4 ni des biens de reprise au sens du 2° de l'article L. 3132-4.

La déclaration d'apport est actualisée annuellement et jointe au rapport d'information prévu aux articles L. 3131-5 et R. 3131-2 à R. 3131-4.

Article L. 3132-4-3 (Nouveau)

Sauf stipulation contraire prévue par le contrat de concession, les biens meubles du concessionnaire qui, en raison de l'évolution technologique, ont perdu toute valeur d'usage demeurent sa propriété. Ils ne sont ni restitués à l'autorité concédante de droit public, ni repris par elle en fin de contrat.

Article L. 3132-5

Au terme du contrat de concession de travaux ou du contrat concédant un service public, les biens de retour mentionnés à l'article L. 3132-4 qui ont été amortis au cours de l'exécution du contrat de concession font retour dans le patrimoine de la personne publique

Article L. 3132-5

Au terme du contrat de concession de travaux ou du contrat concédant un service public, les biens de retour mentionnés à l'article L. 3132-4 qui ont été amortis au cours de l'exécution du contrat de concession font retour dans le patrimoine de la personne publique

gratuitement, sous réserve des stipulations du contrat permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

L'octroi au concessionnaire, pour la durée du contrat, de la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique ou certains droits réels sur ces biens ne peut faire obstacle au retour gratuit de ces biens dans le patrimoine de la personne publique, sous réserve des stipulations permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

Article L. 3132-6

Le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public peut également prévoir une faculté de reprise au profit de la personne publique concédante au terme du contrat, moyennant un prix convenu entre les parties ou, le cas échéant, gratuitement, des biens appartenant au concessionnaire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service public.

gratuitement, sous réserve des stipulations du contrat permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement **continu** du service public.

L'octroi au concessionnaire, pour la durée du contrat, de la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique ou certains droits réels sur ces biens ne peut faire obstacle au retour gratuit de ces biens dans le patrimoine de la personne publique, sous réserve des stipulations permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement **continu** du service public.

Article L. 3132-6 (Modifié)

Le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public peut également prévoir une faculté de reprise au profit de la personne publique concédante au terme du contrat, moyennant un prix convenu entre les parties ou, le cas échéant, gratuitement, des biens appartenant au concessionnaire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement **continu** du service public.

Dans ce cas, l'autorité concédante de droit public signifie au concessionnaire sa volonté d'acquérir le bien jusqu'à six mois avant le terme du contrat de concession.

CONTRATS DE CONCESSIONS

- PARTIE RÉGLEMENTAIRE -

Chapitre 1^{er} : Transparence et rapport d'information de l'autorité concédante

Section 2 : Rapport d'information à l'autorité concédante

Articles R. 3131-1 à R. 3131-3 (*inchangés*)

Article R. 3131-4

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le rapport comprend également :

1° Les données comptables suivantes :

- a) Un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé, comportant notamment une description des biens et, le cas échéant, le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité ;
- b) Un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession ;
- c) Un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé ;
- d) Les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la concession et nécessaires à la continuité du service public ;

Chapitre 1^{er} : Transparence et rapport d'information de l'autorité concédante

Section 2 : Rapport d'information à l'autorité concédante

Articles R. 3131-1 à R. 3131-3 (*inchangés*)

Article R. 3111-4 (*Modifié*)

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le rapport comprend également :

1° Les données comptables suivantes :

- a) Un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé, comportant notamment une description des biens et, le cas échéant, le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité ;
- b) Un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession ;
- c) Un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé ;
- d) La déclaration d'apport prévue à l'article L. 3132-4-2, le cas échéant, actualisée par les biens apportés en cours d'exécution par le concessionnaire ;**

2° Une annexe comprenant un compte rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service, notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

d)e) Les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la concession et nécessaires à la continuité du service public ;

2° Une annexe comprenant un compte rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service, notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

Finalité. L'objectif poursuivi par cette révision est de renforcer le lien de la théorie des biens de retour avec le principe de continuité du service public et de faire œuvre d'équité entre les intérêts des opérateurs économiques et ceux des autorités concédantes.

Recommandation n° 8 : L'extension de la théorie des biens de retour aux marchés confiant la gestion d'une mission de service public

RECOMMANDATION N° 8

Réviser le Code de la commande publique pour étendre l'application de la théorie des biens de retour aux marchés publics de service public et aux marchés de partenariat.

Justification. Bien que certains praticiens n'aient pas accueilli une telle proposition doctrinale⁷⁴⁶, il demeure que la majorité des enquêtés (en considérant à la fois les interviewés et les sondés) est favorable à l'extension de la théorie des biens de retour. À ce propos, une commune confie étendre, par des clauses contractuelles, la théorie des biens de retour aux

⁷⁴⁶ Quentin ALLIEZ, *art. cit.*, p. 708 ; Hélène HOEPFFNER, *art. cit.*, p. 2291 ; Jean-François LAFAIX, *art. cit.*, p. 937.

conventions d'occupation permettant l'exercice d'une activité économique pour les biens indispensables à l'exploitation de ladite activité⁷⁴⁷.

La théorie des biens de retour fait sens dès lors qu'un contrat a pour objet de confier la gestion d'une mission de service public au cocontractant. Certes, tous les contrats de la commande publique ne sont pas concernés, mais certains marchés publics de service et certains marchés de partenariat le sont⁷⁴⁸. Si la liberté contractuelle pourrait être privilégiée pour répartir ces biens, il est préférable d'instaurer un encadrement clair dans le Code de la commande publique afin de respecter, pour les biens nécessaires au service public, l'exigence constitutionnelle de la protection des biens relevant du domaine public⁷⁴⁹. La théorie des biens de retour, dont la finalité est la préservation de l'affectation au service public des biens qui sont indispensables à son fonctionnement continu, ne devrait aucunement dépendre de la qualification d'un contrat en marché public, en marché de partenariat ou en concession.

Il convient d'insister sur un point. L'intérêt de cette recommandation ne porte pas spécialement sur les biens immobiliers⁷⁵⁰, même s'ils sont pris en considération dans les propositions de codification ci-après, mais sur les biens mobiliers, notamment incorporels à l'image des données numériques. D'où la recommandation de la Chaire d'étendre le régime ci-avant proposé de la théorie des biens de retour (dans la recommandation n° 7) aux marchés publics et aux marchés de partenariat confiant au titulaire la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Pour cela, un régime général est prévu pour les deux catégories de marchés dans des articles nouveaux L. 2190-1 à L. 2190-8 du Code des marchés publics (d'un chapitre préliminaire nouveau du Titre IX sur l'exécution du marché⁷⁵¹), ainsi que des dispositions complémentaires spécifiques aux marchés de partenariat dans des nouveaux articles L. 2213-10-1 à L. 2213-10-3 et R. 2234-2-1 du même code.

⁷⁴⁷ Voir : Partie 2, Section 1, §III.

⁷⁴⁸ Cette extension pourrait également comprendre les concessions d'aménagement.

⁷⁴⁹ Cons. Const., décision n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*.

⁷⁵⁰ Dans le cadre d'un marché de partenariat, par exemple, le bien immobilier de retour est l'objet principal du contrat.

⁷⁵¹ Logiquement, ce chapitre ne pouvait s'insérer qu'à cet endroit. Pour éviter une nouvelle numérotation de chaque chapitre constituant le Titre IX, le chapitre préliminaire a été privilégié.

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	
Version actuelle	Version recommandée ⁷⁵²
MARCHÉS PUBLICS - PARTIE LÉGISLATIVE -	
<p>Titre IX : Exécution du marché</p>	<p>Titre IX : Exécution du marché</p> <p style="text-align: center;"><u>Chapitre préliminaire : Biens du marché</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article L. 2190-1</u> <i>(Nouveau)</i></p> <p style="text-align: center;"><u>Le présent chapitre s'applique aux marchés conclus par un acheteur de droit public confiant au titulaire la gestion d'une mission de service public.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>Article L. 2190-2</u> <i>(Nouveau)</i></p> <p style="text-align: center;"><u>Lorsqu'un acheteur de droit public a conclu un marché confiant au titulaire la gestion d'une mission de service public, le contrat précise la répartition de la propriété des biens affectés au marché entre l'acheteur de droit public et le titulaire.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>La répartition tient compte des impératifs liés à l'objet, aux modalités, au fonctionnement et à la continuité du service public.</u></p> <p style="text-align: center;"><u>La répartition comprend :</u></p> <p style="text-align: center;"><u>1° Les biens de retour constitués des biens, meubles ou immeubles, qui résultent</u></p>

⁷⁵² Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge.

d'investissements du titulaire et sont nécessaires au fonctionnement continu du service public. Dans le silence du contrat, les biens de retour sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition ;

2° Les biens de reprise constitués :

a) des biens, meubles ou immeubles, qui ne sont pas remis au titulaire par l'acheteur de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement continu du service public ;

b) des biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du titulaire et, sans être nécessaires au fonctionnement continu du service public, sont indispensables au bon fonctionnement du service public.

Les biens de reprise sont la propriété du titulaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat ;

3° Les biens propres constitués des biens, meubles ou immeubles, qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise. Les biens propres sont et demeurent la propriété du titulaire.

Article L. 2190-3 (Nouveau)

Avant le commencement de l'exécution du marché, un inventaire est dressé par les

parties. Il recense les biens de retour et les biens de reprise du marché.

L'inventaire est actualisé chaque année par le titulaire et transmis à l'acheteur avant le 1^{er} juin.

Article L. 2190-4 (Nouveau)

Par dérogation à l'article L. 2190-2, les données informatiques sont des biens de retour si elles sont nécessaires au fonctionnement du service public.

Si ces données numériques comportent des données à caractère personnel, leur transfert respecte les obligations découlant du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Article L. 2190-5 (Nouveau)

Une déclaration d'apport des biens propres au sens du 3° de l'article L. 2190-2 est annexée aux documents contractuels du marché.

Ce document recense les biens apportés initialement par le titulaire qui ne sont ni des biens de retour au sens du 1° de l'article L. 2190-2 ni des biens de reprise au sens du 2° de l'article L. 2190-2.

La déclaration d'apport est actualisée annuellement et jointe à l'inventaire prévue à l'article L. 2190-3.

Article L. 2190-6 (Nouveau)

Sauf stipulation contraire du marché, , les biens meubles du concessionnaire qui, en raison de l'évolution technologique, ont perdu toute valeur d'usage demeurent sa propriété. Ils ne sont ni restitués à l'acheteur de droit public, ni repris par lui en fin de contrat.

Article L. 2190-7 (Nouveau)

Au terme du marché, les biens de retour mentionnés à l'article L. 2190-2 qui ont été amortis au cours de l'exécution du marché font retour dans le patrimoine de la personne publique gratuitement, sous réserve des stipulations du contrat permettant à celle-ci de faire reprendre par le titulaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement continu du service public.

Article L. 2190-8 (Nouveau)

Le marché peut également prévoir une faculté de reprise au profit de la personne publique acheteuse au terme du contrat, moyennant un prix convenu entre les parties ou, le cas échéant, gratuitement, des biens appartenant au titulaire qui ne sont pas

nécessaires au fonctionnement continu du service public.

Dans ce cas, l'acheteur de droit public signifie au titulaire sa volonté d'acquérir le bien jusqu'à six mois avant le terme du marché.

MARCHÉS DE PARTENARIAT

- PARTIE LÉGISLATIVE -

Section 4 : Dispositions relatives à l'occupation domaniale par le titulaire du marché de partenariat

Sous-section 1 : Autorisation d'occupation du domaine public

Article L. 2213-10 (*inchangé*)

Section 4 : Dispositions relatives à l'occupation domaniale ~~par le titulaire~~ **et aux biens** du marché de partenariat

Sous-section 1 : Autorisation d'occupation du domaine public **et biens du marché de partenariat**

Article L. 2213-10 (*inchangé*)

Article L. 2213-10-1 (*Nouveau*)

Les dispositions des articles L. 2190-1 à L. 2190-8 s'appliquent aux biens des marchés de partenariat confiant au titulaire la gestion d'une mission de service public.

Article L. 2213-10-2 (*Nouveau*)

Par dérogation au dernier alinéa de l'article L. 2190-5, la déclaration d'apport est actualisée annuellement et jointe au rapport prévu à l'article L. 2234-1 et dans les conditions prévues à l'article R. 2234-2-1.

Article L. 2213-10-3 (Nouveau)

L'octroi au titulaire, pour la durée du contrat, de la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique ou certains droits réels sur ces biens ne peut faire obstacle au retour gratuit de ces biens dans le patrimoine de la personne publique prévu à l'article L. 2190-7, sous réserve des stipulations permettant à celle-ci de faire reprendre par le titulaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement continu du service public.

MARCHÉS DE PARTENARIAT

- PARTIE RÉGLEMENTAIRE -

Chapitre IV : Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat

Section 1 : Rapport annuel du titulaire

Article R. 2234-1 et R. 2234-2 (*inchangés*)

Chapitre IV : Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat

Section 1 : Rapport annuel du titulaire

Article R. 2234-1 et R. 2234-2 (*inchangés*)

Article R. 2234-2-1 (Nouveau)

Dans le cadre d'un marché de partenariat confiant au titulaire la gestion d'une mission de service public, s'ajoutent aux données économiques et comptables prévues à l'article R. 2234-2 les éléments suivants :

1° Un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé ;

2° La déclaration d'apport prévue à l'article L. 2213-10-3, le cas échéant, actualisée par les biens apportés en cours d'exécution par le titulaire.

Recommandation n° 9 : L'exclusion des provisions pour renouvellement de la catégorie des biens de retour

RECOMMANDATION N° 9

Préciser l'application de la décision du Conseil d'État, du 18 octobre 2018, *Société électricité de Tahiti* (n° 420097) pour exclure les provisions pour renouvellement de la catégorie des biens de retour.

Justification. La qualification de bien de retour des provisions pour renouvellement est critiquée par une partie des interviewés qui s'étonnent qu'une écriture comptable soit assimilée à un bien. Même si d'autres enquêtés défendent la décision *Société électricité de Tahiti* (précitée) pour des raisons économiques et financières, la provision n'ayant de sens qu'au regard du bien qui est *ab initio* la propriété de la personne publique, la Chaire est d'avis de revenir sur l'interprétation extensive donnée à cette jurisprudence d'espèce⁷⁵³.

Modalités. L'utilisation d'une clause excluant les provisions pour renouvellement de la catégorie des biens de retour risque de se confronter à la jurisprudence *Commune de Douai*, si le juge administratif considère qu'une telle provision est un bien de retour. Dès lors, une position officielle est nécessaire soit à travers la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, soit du Conseil d'État (encore faut-il qu'il soit saisi en ce sens à l'occasion d'un litige ou d'un avis contentieux). À défaut, une intervention législative peut être envisagée.

⁷⁵³ Voir la synthèse des entretiens : Partie 2, Section 2, §III.

SECTION 2 : LES RECOMMANDATIONS LIÉES À L'UTILISATION DES BIENS PUBLICS DANS LE CADRE DE L'EXÉCUTION DES CONTRATS PUBLICS

Axes. Trois axes sont développés à l'intérieur de cette section. Les deux premiers axes concernent la généralisation de l'obligation de publicité et de mise en concurrence dans l'attribution des conventions domaniales à caractère économique (**Axe n° 4**) et la clarification des obligations d'entretien et de maintenance des biens publics dans les contrats de la commande publique (**Axe n° 5**). Le dernier est lié aux mesures visant à assurer le bon fonctionnement du service public en cas de reprise en régie (**Axe n° 6**).

Axe n° 4 : Renforcer la concurrence dans l'attribution des conventions domaniales à caractère économique afin de réduire les risques d'incompatibilité du droit français avec le droit européen

Cet axe ne comporte qu'une seule recommandation (**Rec. 10**) relative à la généralisation de l'obligation de publicité et de mise en concurrence dans l'attribution des conventions domaniales à caractère économique.

Recommandation n° 10 : La généralisation de l'obligation de publicité et de mise en concurrence dans l'attribution des conventions d'occupation des biens du domaine privé rares et présentant un intérêt économique transfrontalier

RECOMMANDATION N° 10

Préconiser l'organisation de procédures de publicité et de mise en concurrence pour l'attribution des autorisations d'occupation des biens du domaine privé dont la rareté est admise.

Justification. La doctrine majoritaire milite en faveur d'une soumission des occupations du domaine privé à l'obligation de sélection préalable. Selon le Conseil d'État, l'octroi des titres d'occupation du domaine privé sans mise en concurrence n'est pas de nature à contrevenir à l'article 12 de la directive « services » et à l'article 49 du TFUE relatif à la liberté d'établissement. Pour la rapporteure publique :

« [...] l'autorité publique en cause doit agir en tant qu'administration réglementant une activité au titre de ses prérogatives de puissance publique. À l'inverse, n'est pas une autorité compétente délivrant une autorisation au sens de la directive une administration qui se comporte comme un opérateur ou bailleur privé, gérant son domaine privé sans prérogative particulière [...]. Le critère déterminant sera celui de l'administration agissant en tant que telle. »⁷⁵⁴

Pour une partie de la doctrine, « le Conseil d'État fait une lecture interniste de la notion d'autorisation figurant dans la directive du 12 décembre 2006, structurée autour du caractère exorbitant ou non des pouvoirs du gestionnaire des propriétés publiques, le conduisant à exclure le domaine privé du champ de la procédure de sélection préalable »⁷⁵⁵. Or, cette interprétation est plus que discutable. En effet, « l'autorisation », au sens de l'article 12 de la directive services, doit être entendue comme « l'ensemble des actes qui permettent à un opérateur économique d'accéder au marché, sans qu'il faille tenir compte de la forme de cette autorisation (qui peut être de nature unilatérale ou contractuelle, explicite ou implicite) ou de son régime juridique (acte de droit privé ou de droit public) »⁷⁵⁶. Par conséquent, la rapporteure publique de l'affaire *Commune de Biarritz* et la formation de jugement se méprennent en identifiant « l'exercice d'une prérogative puissance publique » comme un « un élément constitutif de la définition d'une « autorisation » »⁷⁵⁷.

Un bon nombre d'experts interrogés considère que cette exclusion serait contraire à la décision *Promoimpresa Srl* du 14 juin 2016 rendue par la CJUE⁷⁵⁸. Ce risque d'incompatibilité

⁷⁵⁴ Cécile RAQUIN, concl. sous CE, 2 décembre 2022, n° 455033, *Commune de Biarritz*.

⁷⁵⁵ Caroline CHAMARD-HEIM, Michaël KARPENSCHIF, « Procédure de délivrance des occupations privatives économiques : tous les chemins mènent à la concurrence (à condition de les emprunter...) », *JCP A*, n° 5, 2023, 2033.

⁷⁵⁶ *Idem*.

⁷⁵⁷ *Idem*.

⁷⁵⁸ Voir : Partie 2, Section 1, §II.

ne semble pas préoccuper les personnes publiques, qui même lorsque le bien relève du domaine public, ont tendance à recourir aux exceptions prévues par le Code général de la propriété des personnes publiques pour éviter toute mise en concurrence. De plus, il suffirait pour les personnes publiques, selon un avocat, de faire sortir leurs biens du domaine public pour le faire échapper à l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

La doctrine administrative s'est également montrée favorable, en pratique et à titre de précaution, à une extension de l'obligation de publicité et de mise en concurrence aux autorisations d'occupation du domaine privé⁷⁵⁹. Cette prudence a été encore récemment rappelée dans une réponse ministérielle en date du 19 juin 2025⁷⁶⁰.

Pour les défenseurs d'une extension, la non-extension contrevient à l'égal accès dans l'exploitation d'un bien public, voire des ressources publiques.

Contre-arguments. Une extension serait perçue comme excessive, voire comme une surinterprétation et une surtransposition de l'arrêt *Promoimpresa Srl*. Les défenseurs de la non-extension considèrent en effet qu'il n'y a pas d'intérêt général et encore moins de service public sur le domaine privé. Le domaine privé doit être géré avec les outils du domaine privé.

Le droit au renouvellement existant en matière de baux commerciaux sur le domaine privé s'oppose avec l'obligation de mise en concurrence. À ce propos, il convient de relever que le tribunal judiciaire du Mans a admis, de manière implicite, que l'article 12 de la directive « services » était applicable aux autorisations d'occupation du domaine privé, s'opposant ainsi au droit au renouvellement du titulaire sortant⁷⁶¹.

L'extension aurait pour effet de faire perdre de marge de manœuvre aux collectivités. Il ne semble pas aisé d'organiser une mise en concurrence entre deux opérateurs qui ont indubitablement des projets différents en termes d'activité. En outre, l'extension conduirait aussi à l'ouverture d'un référé précontractuel afin de contester l'attribution d'une passation de droit privé et à une assimilation improductive aux contrats de la commande publique. Le juge judiciaire serait compétent en cas de litiges portant sur la mise en concurrence du domaine privé en vertu de la décision *Brasserie du théâtre*⁷⁶². Selon Fabrice Melleray, le risque de voir se

⁷⁵⁹ Ministère de l'économie et des finances, Réponse ministérielle n° 12868, *JOAN*, 29, janvier 2019, p. 861 ; Ministère de l'économie et des finances, Réponse ministérielle n° 13180, *JO Sénat*, 30 janvier 2020, p. 537 ; Ministère de l'économie et des finances, Réponse ministérielle n° 16130, *JO Sénat*, 10 septembre 2020, p. 4096.

⁷⁶⁰ Ministère de l'économie et des finances, Réponse ministérielle n° 2121, *JO Sénat*, 19 juin 2025, p. 3473.

⁷⁶¹ Tr. jud. Le Mans, 19 août 2021, n° 20/00813.

⁷⁶² T. confl., 22 nov. 2010, *Société Brasserie du théâtre c/ Commune de Reims*, n° C 3764.

développer une jurisprudence « *dissonante* » en matière d'obligation de mise en concurrence, en parallèle de celle du juge administratif est à craindre⁷⁶³. Il précise à ce titre que « *l'obligation de mise en concurrence étant placée sous le sceau de la contrainte européenne, le dualisme juridictionnel pourrait alors remettre en cause l'application effective, diligente et uniforme du droit de l'Union européenne* »⁷⁶⁴.

Ainsi, comme le concède Fabrice Melleray, « *l'argument « conséquentialiste » (qui parcourt profondément les conclusions de la rapporteure publique Cécile Raquin dans ses conclusions) visant à maintenir le statu quo reste, au fond, le meilleur adjuvant de l'arrêt Commune de Biarritz.* »⁷⁶⁵

Par ailleurs, l'extension pourrait aussi conduire à une remise en cause des dérogations prévues aux articles L.2122-1-2 et suivants. En effet, dans la mesure où l'extension aux autorisations d'occupation du domaine privé se fonde notamment sur l'article 12 de la directive services, il convient de préciser que cet article n'entend justifier aucune dérogation à l'obligation de mise en concurrence. En revanche, cette extension ne saurait concerner les dérogations liées aux contrats de la commande publique donnant lieu à des occupations du domaine public dans la mesure où cette question de la mise en concurrence des occupations domaniales est réglée par celle du contrat de la commande publique.

Recommandation. Eu égard aux conséquences potentiellement malencontreuses liées à une extension tous azimuts de l'obligation de la mise en concurrence, il convient de n'étendre, en ce qui concerne le domaine privé, qu'aux dépendances rares, c'est-à-dire à « *celles dont le nombre réduit exige qu'il faille préalablement les soumettre à des règles de publicité et de mise en concurrence pour assurer l'égalité d'accès des opérateurs au marché* »⁷⁶⁶, et présentant un intérêt économique transfrontalier.

Il semble opportun, sans que cela conduise à une modification législative, de préconiser une extension en ce qui concerne les biens du domaine privé dont la rareté est admise et qui revêtent un intérêt transfrontalier avéré en vertu de l'article 12 de la directive services et de l'article 49 du TFUE. Dans cette lignée, le Gouvernement a précisé le 19 juin 2025 :

⁷⁶³ Fabrice MELLERAY, « Retour à Biarritz », *AJDA*, 2022, p. 2369.

⁷⁶⁴ *Idem.*

⁷⁶⁵ *Idem.*

⁷⁶⁶ *Idem.*

« Dans ces conditions, il est recommandé, lorsqu'il est envisagé de délivrer un titre d'occupation du domaine privé de gré à gré, de procéder à une analyse in concreto des conditions dans lesquelles celui-ci serait octroyé (nature de l'activité exercée, rareté de la dépendance, intérêt transfrontalier certain...) afin de déterminer si les critères d'application de l'obligation de mise en concurrence fondée sur le droit - primaire et dérivé - de l'Union européenne pourraient être satisfaits. Une prudence particulière devra être observée lorsque la domanialité du bien est douteuse ou lorsque le bien relève du domaine privé par détermination de la loi. S'il devait exister une présomption en ce sens, il serait recommandé d'organiser une procédure de sélection préalable. Par ailleurs, il conviendrait de veiller à la compatibilité de la durée et de la nature des titres délivrés avec l'impératif de remise en concurrence périodique prévue à l'article 12 de la directive « Services » et rappelée par la décision Promoimpresa. »⁷⁶⁷ [Nous soulignons]

Cette précaution est d'autant plus nécessaire que le Gouvernement a également indiqué qu'aucune réforme législative n'étant envisagée à l'heure actuelle sur ce point⁷⁶⁸. C'est pourquoi, la Chaire de droit des contrats publics, consciente des risques d'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne et au regard des données récoltées lors des enquêtes de terrain, insiste sur le respect des règles de mise en concurrence dans l'attribution des conventions d'occupation à caractère économique des biens relevant du domaine privé des personnes publiques et présentant un intérêt économique transfrontalier.

Axe 5 : Clarifier les obligations d'entretien et de maintenance des biens publics dans les contrats de la commande publique

Objectif. La clarification des obligations d'entretien et de maintenance des biens publics utilisés dans les contrats publics nécessite de donner un contenu sémantique aux notions

⁷⁶⁷ Ministère de l'économie et des finances, Réponse ministérielle n° 2121, *JO Sénat*, 19 juin 2025, p. 3474.

⁷⁶⁸ *Idem.*

d'entretien normal et d'infrastructure en bon état (**Rec. 11**), et d'instaurer un contrôle régulier de l'état d'entretien de ces biens (**Rec. 12**).

Recommandation n° 11 : La définition contractuelle des notions d'entretien normal et d'infrastructure en bon état

RECOMMANDATION N° 11

Inciter les parties à définir contractuellement les notions de bien en bon état et d'entretien normal en amont de l'exécution du contrat.

Justification. L'état des biens à l'issue d'un contrat public est à l'origine de nombreux litiges. Les contrats de concession de service public contiennent d'ailleurs des clauses visant à sanctionner le mauvais état des biens de retour, lorsque cet état résulte d'un défaut d'entretien⁷⁶⁹. Il pèse également sur l'occupant du domaine public ou sur le preneur d'un bail à construction, une obligation d'entretien de la parcelle occupée ou les biens construits⁷⁷⁰. Il résulte des enquêtes que les notions d'entretien normal des biens et de bon état de remise constituent les principaux points d'achoppement. Le caractère lacunaire des clauses contractuelles relatives au bon état⁷⁷¹ et l'absence d'une jurisprudence abondante sur les critères d'un entretien normal ou d'un bien en bon état en seraient les principales causes⁷⁷². Le Conseil d'État a notamment fait le choix de « *laisser au pouvoir souverain des juges du fond les appréciations de bon sens portées sur des notions dotées d'une faible charge normative et formulées en termes d'échelle de valeurs* » telles que « *le défaut d'entretien normal d'un ouvrage public* »⁷⁷³.

Attentes. La détermination d'une « *règle claire de l'état normal d'entretien avec une grille détaillée en fonction du service public en question* » constitue l'une des principales attentes des enquêtes. En 2031 et 2036, les contrats de concessions autoroutières historiques

⁷⁶⁹ CAA Marseille, 1^{er} juill. 2024, n° 23MA02210 ; Voir : Partie 1, Section 2, §II., B, 2.

⁷⁷⁰ *Idem.*

⁷⁷¹ Autorité des régulations des transports, *Rapport d'activité 2022 – Construire une régulation performante au service des usagers et de la mobilité*, Tome 2, La documentation française, 2023, p. 79, disponible à l'adresse suivante : https://www.autorite-transport.fr/wp-content/uploads/2023/06/0121-23_art-rapport-dactivite-2022-tome_2-bd.pdf.

⁷⁷² Voir l'état du droit et de la doctrine : Partie 1, Section 2, §II., B, 2.

⁷⁷³ Clément MALVERTI, concl. sur CE, 10 oct. 2024, *La Poste*, n°s 488095, 488096.

arriveront à leur terme. L'état des biens de retour constitue un « *enjeu crucial [...] insuffisamment anticipé* »⁷⁷⁴. S'assurer du bon état des biens permet de limiter les montants alloués par le concédant à leur remise en état.

Exigence de critères. La Chaire propose d'étendre la conception du « *bon état* » retenue par l'Autorité des régulations des transports à l'ensemble des biens de retour. Dans son rapport d'activités de 2022, l'Autorité des régulations des transports invitait l'État à opter, face aux nombreuses définitions de la notion de bon état, pour une définition « *parfaitement objectivée* »⁷⁷⁵. Le bon état objectivé est celui « *qui tient compte de ce qui est exigible par le contrat tout en restant dans les limites du raisonnable* ». La définition du bon état doit reposer sur des « *critères exhaustifs et absolus spécifiquement conçus pour caractériser les infrastructures en fin de contrat* »⁷⁷⁶. L'entretien normal pourrait alors s'appréhender comme l'ensemble des opérations de maintien en état et de réparation d'un bien en vue de garantir son exploitation dans des conditions optimales.

Pour un meilleur consensus et une viabilité de ces critères, la Chaire recommande de faire figurer dans un guide un certain nombre de critères, en fonction du bien et de l'état attendu en fin de contrat eu égard à la durée de celui-ci. Ce guide pourrait idéalement être publié par la DAJ du ministère de l'Économie et des Finances, la DIE et la Direction générale des infrastructures, des transports et des mobilités (DGITM) en partenariat avec les autorités administratives indépendantes et les organisations professionnelles intéressées.

Les critères retenus par les parties pour définir le bien en bon état en fin de contrat doivent tenir compte de l'usure normale du bien. La définition d'un bien en bon état n'est pas la même pour tous les ouvrages. Il doit cependant s'agir d'un bien qui assure l'usage minimal du service. Le contrat doit contenir des clauses ordonnant la remise à niveau du bien avant restitution.

De plus, les contrats peuvent prévoir aussi des clauses sur la formation des agents en matière d'entretien et surtout de maintenance.

⁷⁷⁴ Hervé MAURAY, *Préparation de l'échéance des contrats de concessions autoroutières*, Sénat, Rapport d'information n° 65 (2024-2025), 23 octobre 2024.

⁷⁷⁵ Autorité des régulations des transports, *op. cit.*, p. 79.

⁷⁷⁶ *Idem.*

Recommandation n° 12 : Le renforcement du contrôle régulier de l'état d'entretien des biens utilisés dans les contrats publics

RECOMMANDATION N° 12

Inciter l'administration à contrôler périodiquement l'état des biens utilisés dans le cadre du contrat.

Justification. Le contrôle de l'entretien des biens durant l'exécution du contrat n'est pas exempt de tout reproche. Une autorité délégante a reconnu, eu égard au nombre important de contrats gérés, qu'elle effectuait rarement les contrôles dans les délégations de service public d'eau ou d'assainissement. En dépit des rapports rendus, les vérifications devraient être régulièrement effectuées.

Les opérateurs économiques estiment que la nature de l'obligation d'entretien n'est pas toujours précisée en amont. De plus, le choix d'adopter une obligation de moyens et non de résultats n'est pas sans incidence. Un opérateur économique a notamment critiqué la pertinence de certains contrôles qui sont réalisés à « *des endroits ou à des moments inutiles* »⁷⁷⁷.

La pratique des protocoles de fin de contrat tend à se banaliser pour résorber les carences liées à l'insuffisance du contrôle et aplanir les différends résultant des états des lieux contradictoires.

Modalités du contrôle. Le choix est fait de limiter le contrôle aux biens nécessaires à la continuité du service public. La liste de ses biens doit, par conséquent, être continuellement mise à jour dans le rapport annuel sur l'état d'entretiens des biens.

Le contrôle de l'état de ces biens serait réalisé par les équipes opérationnelles et juridiques des personnes publiques. Elles peuvent aussi confier l'exercice de ce contrôle à un tiers indépendant lorsqu'elle ne dispose pas des moyens humains, matériels et techniques pour le faire. Le cocontractant doit être préalablement informé de la visite de l'autorité cocontractante et prendre ses dispositions pour son bon déroulement.

⁷⁷⁷ Voir la synthèse des entretiens : Partie 2, Section 3, §II.

À défaut, l'administration est invitée à mettre en place des plateformes de signalement de pannes. Selon le niveau de pannes, des pénalités pourront être déclenchées. La création d'une plateforme de signalement de pannes et de déclenchement des pénalités peut aussi inspirer plus d'autorités contractantes. Elle est d'ailleurs mise en œuvre par les établissements pénitentiaires⁷⁷⁸. Hélène Hoepffner explique le mécanisme en indiquant que :

« [...] le suivi des contrats est renforcé par une obligation de signalement immédiat dans l'interface client avec la direction de l'administration pénitentiaire (DAP). Cette direction chargée du suivi de la gestion déléguée, distincte de l'agence pour l'immobilier de la justice (APIJ) qui gère la passation des contrats, s'est dotée d'un outil informatique permettant de garantir en temps réel la traçabilité des actions et de mettre en œuvre les sanctions contractuelles en l'absence de résolution d'un défaut. Si ledit signalement n'entraîne pas automatiquement une pénalité, il garantit en revanche la prise en charge du défaut et permet la traçabilité des actions. La performance du prestataire est ainsi évaluée au regard de la capacité du prestataire à résoudre le défaut signalé dans le délai maximal fixé par contrat. »⁷⁷⁹

[Nous soulignons]

Axe 6 : Assurer la continuité et le bon fonctionnement du service public en cas de fin anticipée du contrat ou de reprise en régie du service

Cet axe ne comporte qu'une seule recommandation (**Rec. 13**) relative à la codification de la décision du Conseil d'État, *Commune de Propriano*, en cas de fin anticipée du contrat ou de reprise en régie d'un service public.

⁷⁷⁸ Hélène HOEPFFNER, « Construction, adaptation et rénovation des établissements pénitentiaires », *RFDA*, 2024.

⁷⁷⁹ *Idem.*

Recommandation n° 13 : La codification de la décision du Conseil d'État Commune de Propriano dans le Code de la commande publique

RECOMMANDATION N° 13

Codifier la décision du Conseil d'État *Commune de Propriano* relative à la possibilité offerte à l'autorité contractante de se substituer au délégataire sortant dans l'exécution des sous-contrats en cas de fin anticipée du contrat ou de reprise en régie du service public.

Justification. En cas de fin anticipée du contrat, la reprise en régie d'un service public nécessite, selon une autorité de contractante, la reprise des contrats d'entretien et de maintenance des délégataires⁷⁸⁰. Cette reprise permettrait d'assurer, la continuité du service public, en attendant l'attribution de contrats similaires à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence pouvant s'étaler sur plusieurs mois.

La continuité du service public implique aussi la reprise des contrats de travail et des contrats de location. Les contrats signés avec les tiers devraient ainsi contenir des clauses de subrogation au profit des autorités délégantes. Les difficultés adviennent en cas de silence du contrat ou de refus du concessionnaire sortant de céder ces contrats dans la mesure où les sous-contrats deviennent caducs en cas de résiliation du contrat principal. Comme l'estimait Gilles Pellissier, rapporteur public de l'affaire, « *les exigences propres au service public pour l'exécution duquel ont été conclus ces contrats et sous-contrats doivent conduire à déroger dans une certaine mesure à ces conséquences générales de la résiliation du contrat initial sur les sous-contrats qui en dépendent* »⁷⁸¹.

Modalités. La codification de la décision *Commune de Propriano* est simplifiée par la généralité de son considérant de principe. Ainsi, tous les sous-contrats sont pris en compte. C'est notamment le cas des contrats de location, de travail, d'entretien et de maintenance. De plus, la codification concernerait toutes les concessions de service public, les marchés de partenariat et les marchés publics de service public.

⁷⁸⁰ Voir la synthèse des entretiens : Partie 2, Section 2, §III.

⁷⁸¹ Gilles PELLISSIER, concl. sur CE, Sect., 19 déc. 2014, *Commune de Propriano*, n° 368294.

CODE GÉNÉRALE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	
Version actuelle	Version recommandée ⁷⁸²
- PARTIE LÉGISLATIVE -	
Titre préliminaire	Titre préliminaire
Article L. 6 (<i>Inchangé</i>)	Article L. 6 (<i>Inchangé</i>)
	<u>Article L. 6-1</u> (<i>Nouveau</i>)
	<u>En cas de fin anticipée d'un contrat portant exécution du service public, quel qu'en soit le motif, l'autorité contractante peut se substituer de plein droit au cocontractant sortant pour l'exécution des contrats conclus par celui-ci avec les usagers ou avec d'autres tiers pour l'exécution même du service.</u>
	<u>La substitution de la personne publique n'emporte pas le transfert des dettes et créances nées de l'exécution antérieure des contrats conclus par l'ancien cocontractant de la personne publique, qu'il s'agisse des contrats conclus avec les usagers du service public ou de ceux conclus avec les autres tiers.</u>

⁷⁸² Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge.

SECTION 3 : LES RECOMMANDATIONS LIÉES AU RÉGIME DE PROTECTION DES BIENS PUBLICS AYANT DES RÉPERCUSSIONS SUR LES CONTRATS PUBLICS

Axes. Deux axes sont développés à l'intérieur de cette section. L'une entend concilier le principe d'insaisissabilité des biens publics aux nécessités résultant du financement des projets publics, en particulier pour préciser le principe d'insaisissabilité des biens publics au regard des voies administratives d'exécution et pour reconnaître la fiducie-sûreté dans certains contrats publics (**Axe n° 7**). L'autre s'attache à prévenir les libéralités consenties par les personnes publiques à des personnes privées en renforçant les évaluations de l'organisme en charge de la gestion des biens publics et en codifiant dans le Code général des collectivités territoriales le régime de mise à disposition de locaux communaux pour les associations culturelles (**Axe n° 8**).

Axe n° 7 : Concilier le principe d'insaisissabilité des biens publics avec les nécessités résultant du financement des projets publics

Objectif. Certains enquêtés ont témoigné de leur souhait d'une atténuation de la portée du principe d'insaisissabilité des biens publics en raison de l'impossibilité d'engager à l'encontre des personnes publiques débitrices défaillantes des procédures civiles de conservation ou d'exécution. Pourtant, en l'état du droit, ce principe est déjà atténué avec l'existence de voies d'exécution administratives⁷⁸³ et les dispositions du Code de justice administrative (art. L. 911-1 et suivants). Aussi est-il pertinent de codifier à droit constant dans le Code général de la propriété des personnes publiques ces tempéraments au principe d'insaisissabilité prévu à l'article L. 2311-1 dudit code (**Rec. 14**).

⁷⁸³ Voir l'état du droit et de la doctrine : Partie 1, Section 3, §I., B., 2.

Par ailleurs, pour faciliter les financements de projets publics dans le cas de marchés de partenariat, de contrats de concessions et de conventions d'occupation domaniale constitutives de droits réels, la reconnaissance explicite de la fiducie-sûreté apporterait des garanties de sécurité juridique aux cocontractants, tout en prévoyant l'agrément de la personne publique et la préservation de l'affectation de certains biens publics au service public (**Rec. 15**).

Recommandation secondaire. Lors des enquêtes de terrain, certains participants ont souligné le manque de compréhension du régime protecteur des biens publics, en particulier des principes d'insaisissabilité des biens publics et d'inaliénabilité du domaine public, de la part des mandataires et des liquidateurs judiciaires⁷⁸⁴. Afin de prévenir la survenance de différends entre les personnes publiques et les mandataires ou liquidateurs judiciaires dans le cadre du redressement ou de la liquidation d'une entreprise, la Chaire recommande au Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (CNAJMJ) de rédiger un guide spécifique au droit des biens publics et de le diffuser à l'ensemble de la profession réglementée, éventuellement à travers son site internet⁷⁸⁵. Associé à des formations régulières en la matière⁷⁸⁶, ce guide permettrait de renforcer la connaissance du droit public au sein de la profession afin d'éviter, par exemple, la cession de biens publics dont l'entreprise en difficulté avait pu avoir la jouissance temporairement.

Recommandation n° 14 : La précision dans le Code général de la propriété des personnes publiques des tempéraments au principe d'insaisissabilité

RECOMMANDATION N° 14

Préciser dans le Code général de la propriété des personnes publiques les atténuations au principe d'insaisissabilité à travers les voies d'exécution administratives.

Justification. L'article L. 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose du caractère insaisissable des biens publics. Partant, les personnes publiques

⁷⁸⁴ Voir *supra* : Partie 2, Section 1, §II.

⁷⁸⁵ Site disponible à l'adresse suivante : <https://www.cnajmj.fr/>.

⁷⁸⁶ Le centre de formation du CNAJMJ propose de nombreuses offres de formations à destination des mandataires et des administrateurs judiciaires, ainsi que des séances d'actualités juridiques en présentiel ou en distanciel.

ne peuvent faire l'objet d'aucune procédure de conservation ou d'exécution civile de la part de leurs créanciers, mais uniquement de voies administratives d'exécution⁷⁸⁷. Il s'agit non pas de saisir un bien immobilier ou mobilier (corporel ou incorporel), mais de forcer l'inscription de la dette exigible⁷⁸⁸ au budget de la personne publique défaillante⁷⁸⁹.

Dans sa thèse de doctorat, Morgan Schmiederer propose de préciser à l'article L. 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques que les procédures d'exécution prévues aux articles L. 911-1 et suivants du Code de justice administratives s'appliquent aux personnes publiques⁷⁹⁰. Aussi, pour relativiser le caractère absolu du principe d'insaisissabilité des biens publics, il ajoute deux derniers alinéas disposant que :

« Sauf pour les biens de l'État, lorsque les voies d'exécution sont épuisées, le représentant de l'État peut opérer une cession forcée des biens des personnes publiques. Cette cession peut s'opérer sur les biens mobiliers et immobiliers, mais ne peut en aucun cas mettre en péril la continuité du service public.

*Le produit de la cession forcée est affecté au paiement des personnes ayant entrepris les procédures d'exécution visées au deuxième alinéa. »*⁷⁹¹

Une telle proposition est judicieuse pour clarifier, à droit constant, les tempéraments au principe d'insaisissabilité des biens publics. Dans les faits, pour les collectivités territoriales et leurs groupements, en raison des dispositions de l'article 1^{er} de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 et de la jurisprudence du Conseil d'État, *Société fermière de Campoloro*⁷⁹², le préfet peut procéder à la vente d'un bien public (après, éventuellement, désaffectation et déclassement de celui-ci) sous réserve de ne pas affecter le bon fonctionnement d'un service public dont la personne publique a la charge :

« Considérant que, [...] le législateur a entendu donner au représentant de l'État, en cas de carence d'une collectivité territoriale à assurer

⁷⁸⁷ Voir *supra* les développements sur les voies administratives d'exécution dans l'état du droit et de la doctrine : Partie 1, Section 3, §I., B., 2.

⁷⁸⁸ Au sens des articles 1 et 1-1 de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

⁷⁸⁹ Caroline CHAMARD-HEIM, *Droit des biens publics*, PUF, 2022, par. 876, p. 481.

⁷⁹⁰ Morgan SCHMIEDERER, *Les sûretés réelles administratives*, Thèse dactylographiée, Toulouse 1, 2021, p. 615.

⁷⁹¹ *Idem.*

⁷⁹² CE, Sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, n° 271898.

l'exécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, et après mise en demeure à cet effet, le pouvoir de se substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice ; qu'à cette fin, il lui appartient, sous le contrôle du juge, de prendre, compte tenu de la situation de la collectivité et des impératifs d'intérêt général, les mesures nécessaires ; qu'au nombre de ces mesures, figure la possibilité de procéder à la vente de biens appartenant à la collectivité dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge ; que si le préfet s'abstient ou néglige de faire usage des prérogatives qui lui sont ainsi conférées par la loi, le créancier de la collectivité territoriale est en droit de se retourner contre l'État en cas de faute lourde commise dans l'exercice du pouvoir de tutelle ; qu'en outre, dans l'hypothèse où, eu égard à la situation de la collectivité, notamment à l'insuffisance de ses actifs, ou en raison d'impératifs d'intérêt général, le préfet a pu légalement refuser de prendre certaines mesures en vue d'assurer la pleine exécution de la décision de justice, le préjudice qui en résulte pour le créancier de la collectivité territoriale est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique s'il revêt un caractère anormal et spécial. » [Nous soulignons]⁷⁹³

Modalités. Dès lors, la Chaire suit la proposition de Morgan Schmiederer, tout en y apportant une légère modification. L'auteur défend une position plus restrictive que celle du Conseil d'État en prévoyant dans sa thèse que la cession forcée « *ne peut en aucun cas mettre en péril la continuité du service public* »⁷⁹⁴, là où le Conseil d'État s'en tient au caractère indispensable du bien au bon fonctionnement du service public.

Par cohérence avec la précédente recommandation sur la révision de la théorie des biens de retour⁷⁹⁵, et dans une volonté de codifier à droit constant, il convient de s'inscrire dans un entre deux. En aucun cas un bien public (mobilier ou immobilier) ne devrait pouvoir faire l'objet

⁷⁹³ *Idem.*

⁷⁹⁴ Morgan SCHMIEDERER, *op. cit.*, p. 615.

⁷⁹⁵ Voir *supra* : Recommandation n° 8.

d'une cession forcée par voie administrative d'exécution s'il est nécessaire au fonctionnement continu du service public.

Ainsi, la Chaire recommande une intervention législative pour modifier l'article L. 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques de la manière suivante :

CODE GÉNÉRALE DE LA PROPRIÉTÉ DES PERSONNES PUBLIQUES	
Version actuelle	Version recommandée ⁷⁹⁶
- PARTIE LÉGISLATIVE -	
Chapitre Ier : Insaisissabilité	Chapitre Ier : Insaisissabilité
Article L. 2311-1	Article L. 2311-1 (Modifié)
Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables.	Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables. <u>Les personnes publiques sont soumises aux voies d'exécution des articles L. 911-1 et suivants du Code de la justice administrative.</u> <u>Sauf pour les biens de l'État, lorsque les voies d'exécution sont épuisées, le représentant de l'État peut opérer une cession forcée des biens des personnes publiques. Cette cession peut s'opérer sur les biens mobiliers et immobiliers, à l'exception de ceux nécessaires au fonctionnement continu du service public dont la personne publique a la charge.</u> <u>Le produit de la cession forcée est affecté au paiement des créanciers ayant entrepris les procédures d'exécution visées au deuxième alinéa.</u>

⁷⁹⁶ Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge. Cette recommandation reprend, en partie, la proposition de Morgan Schmiederer dans sa thèse de doctorat (*précitée*, p. 615).

Finalité. L'objectif poursuivi par cette révision n'est pas de favoriser le déclenchement des voies d'exécution administratives à l'encontre des personnes publiques, mais de préserver la continuité du service public en évitant la cession forcée de biens qui, par leur affectation, participe au bon fonctionnement de ce service. En cela, cette recommandation s'inscrit dans l'esprit du Code général de la propriété des personnes publiques.

Recommandation n° 15 : La reconnaissance de la fiducie-sûreté à titre accessoire de contrats publics

RECOMMANDATION N° 15

Autoriser et encadrer explicitement la constitution de fiducie-sûreté, sous réserve d'un agrément préalable de la personne publique et de clauses préservant les exigences du service public, sur les dépendances domaniales occupées dans le cadre de l'exécution d'un marché de partenariat, d'une concession ou d'une convention d'occupation domaniale.

Justification. Les résultats des enquêtes de terrain soulignent le faible intérêt dans le cadre de la commande publique et des occupations domaniales à mobiliser la fiducie sûreté en raison du régime protecteur des biens publics (en particulier l'insaisissabilité des biens publics et l'inaliénabilité du domaine public)⁷⁹⁷. Pourtant, la fiducie-sûreté⁷⁹⁸ pourrait faciliter les financements des projets publics, à condition de la rendre compatible avec les exigences du régime protecteur des biens publics⁷⁹⁹.

Modalités. Suivant la thèse de Morgan Schmiederer précitée⁸⁰⁰, la Chaire recommande la reconnaissance explicite de la fiducie-sûreté dans le Code de la commande publique (pour les marchés de partenariat et les contrats de concession) et le Code général de la propriété des personnes publiques (pour les conventions d'occupation domaniale

⁷⁹⁷ Voir la synthèse des entretiens : Partie 2, Section 4.

⁷⁹⁸ Pour un aperçu de la fiducie sûreté, voir l'état du droit et de la doctrine : Partie 1, Section 3, §I., B., 1, d.

⁷⁹⁹ Morgan SCHMIEDERER, *op. cit.*, spec. p. 617-626.

⁸⁰⁰ *Idem.*

constitutives de droits réels). Évidemment, seuls les contrats publics emportant constitution de droits réels pour les cocontractants peuvent connaître de contrats accessoires fiduciaires.

Cette reconnaissance pourrait être précisée à l'article L. 2232-3 du Code de la commande publique pour les marchés de partenariat, à l'article L. 3132-2 du même code pour les contrats de concession, et aux articles L. 2122-6 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques pour les conventions domaniales constitutives de droit réel. Le Code général de la propriété des personnes publiques devrait également prévoir l'adaptation du régime de la fiducie-sûreté au régime protecteur des biens publics en exigeant l'agrément de la personne publique propriétaire préalablement à toute conclusion d'une fiducie-sûreté et en rendant obligatoire la préservation des exigences du service public des biens publics qui y sont affectés, à l'image du régime du crédit-bail⁸⁰¹.

Axe n° 8 : Prévenir les libéralités consenties par les personnes publiques

Objectif. Durant les enquêtes de terrain, rares sont les participants à s'être positionnés sur la prévention des libéralités dans les contrats de la commande publique et les conventions d'occupation domaniale. Certains d'entre eux ont confié des attentes relatives aux évaluations de la Direction de l'immobilier de l'État (DIE) sur les biens immobiliers des collectivités, de leurs groupements et de leurs établissements publics tant pour les cessions immobilières que pour les locations⁸⁰². Les avis de la DIE étant précieux pour appréhender les libéralités dans les situations de cession ou de location, une recommandation dédiée est proposée (**Rec. 16**). Enfin, s'agissant de la mise à disposition de locaux communaux à des associations culturelles, la codification de la récente jurisprudence du Conseil d'État du 18 mars 2024, *Commune de Nice* (n° 471061) est recommandée pour concilier le régime de la mise à disposition avec le principe de neutralité religieuse des personnes publiques (**Rec. 17**).

⁸⁰¹ Voir l'état du droit et de la doctrine : Partie 1, Section 3, §I., B., 1.

⁸⁰² Voir la synthèse des entretiens : Partie 2, Section 5. Quelques observations propres aux cessions immobilières ont été évoquées par des participants. Toutefois, les contrats de ventes sont exclus du champ de la présente étude.

Recommandation n° 16 : Le renforcement de l'expertise de l'organisme en charge des Domaines

RECOMMANDATION N° 16

Tenir compte de l'évolution de la valeur économique d'un bien dans les avis de l'organisme en charge des Domaines et prévoir des comparatifs afin de renforcer son expertise.

Inscrire dans le Code général des collectivités territoriales que, pour les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, la durée de validité de l'avis de cet organisme.

Justification. Afin de répondre aux attentes des enquêtés quant aux évaluations de l'organisme en charge des Domaines sur les biens immobiliers publics⁸⁰³, la Chaire propose de tenir compte de l'évolution de la valeur économique de ces biens dans le temps. Ceci permettrait d'avoir une vision plus claire de l'opportunité économique de louer ou vendre un bien immobilier pour établir le montant du prix de cession ou du loyer. Cette recommandation participe à lutter contre l'interdiction des libéralités consenties par les personnes publiques aux personnes privées. Il ne semble pas nécessaire de procéder à une réforme réglementaire ou législative sur ce point. Cette mesure est purement opérationnelle et à destination de l'organisme en charge des Domaines.

En revanche, une intervention législative serait nécessaire pour établir une durée de validité des avis de l'organisme en charge des Domaines. En pratique, et sans qu'aucun texte ne le prévoit, la direction de l'immobilier de l'État (DIE) ou de l'organisme en charge des Domaines⁸⁰⁴ considère que ses avis ont une durée de validité d'un an, voir de 18 mois dans certaines circonstances. Pourtant, il ne semble pas nécessaire, sauf à défaut d'avis de la DIE dans un délai d'un mois, qu'une telle limite soit imposée tant qu'aucune circonstance de fait ou de droit ayant motivé l'avis (ou affectant le bien) ne justifie une nouvelle saisine de la DIE. Au regard de la durée des projets de valorisation patrimoniale des personnes publiques, il serait

⁸⁰³ Voir la synthèse des entretiens : Partie 2, Section 5.

⁸⁰⁴ L'État prévoit de transférer la propriété de ses biens immobiliers à une foncière, à l'écart de la DIE (voir : Caroline CHAMARD-HEIM, « Va-t-on à nouveau vers un « État sans domaine » ? », *Ctts et MP*, 2025, à paraître). D'où le choix, dans le présent rapport, de préférer la formule « organisme en charge de la gestion des biens publics » ou « organisme en charge des Domaines ».

plus pertinent d'étendre la durée de validité des avis de l'organisme en charge des Domaines tant que les circonstances de fait ou de droit les ayant motivés demeurent.

CODE GÉNÉRALE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES	
Version actuelle	Version recommandée ⁸⁰⁵
- PARTIE LÉGISLATIVE -	
COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, LEURS GROUPEMENTS ET LEURS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS	
Section 3 : Consultation de l'État	Section 3 : Consultation de l'État
Articles L. 1311-9 à L. 1311-11 (<i>Inchangés</i>)	Articles L. 1311-9 à L. 1311-11 (<i>Inchangés</i>)
Article L. 1311-12	Article L. 1311-12 (<i>Modifié</i>)
	<u>L'avis de l'autorité compétente de l'État est valide tant que les circonstances de fait ou de droit l'ayant motivé demeurent.</u>
L'avis de l'autorité compétente de l'État est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité.	L'avis de l'autorité compétente de l'État Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité.

Recommandations secondaires. Ces dispositions pourraient également être transposées aux cessions des biens immobiliers des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics. À ce titre, dans le cadre de sa participation au Livre Blanc pour une Loi Sapin 3 (corédigé avec l'Observatoire de l'éthique publique), la Chaire proposait, comme ceci fut le cas dans le dispositif de la première Loi Sapin, d'étendre les obligations de mise en concurrence à ces cessions immobilières⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge.

⁸⁰⁶ Voir sur le site de la Chaire : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/publication-du-livre-blanc-pour-une-loi-sapin-3>.

Recommandation n° 17 : Préciser dans le CGCT la mise à disposition gratuite des locaux communaux à des associations culturelles**RECOMMANDATION N° 17**

Codifier la jurisprudence du Conseil d'État du 18 mars 2024, *Commune de Nice* (n° 471061) sur la mise à disposition gratuite des locaux communaux à des associations culturelles sur le fondement de l'article L. 2144-3 du Code général des collectivités territoriales.

Justification. Cette recommandation consiste à prendre acte de la position du Conseil d'État dans sa décision du 18 mars 2024, *Commune de Nice* (n° 471061) pour concilier la mise à disposition de biens communaux au principe de neutralité ressortant de l'article 1^{er} de la Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, lorsque cette mise à disposition est demandée par une association dans le but d'exercer un culte.

Modalités. La codification de cette jurisprudence dans le Code général des collectivités territoriales prévoit l'insertion, à la suite de l'article L. 2144-3 dudit code (relatif à l'autorisation de mise à disposition de locaux communaux par le maire et à la compétence du conseil municipal pour établir les conditions, notamment financières, de cette mise à disposition), d'un article L. 2144-3-1. Ce nouvel article s'applique aux seules demandes de mise à disposition de locaux communaux déposées par les associations pour l'exercice d'un culte.

Il est rappelé que l'objet cultuel de l'activité organisée dans le local communal par l'association demanderesse ne peut être un motif de rejet de la demande de mise à disposition. En outre, l'autorisation de mise à disposition ne peut qu'être temporaire et ne saurait être exclusive à l'association demanderesse. Ceci se comprend aisément au regard de la précarité des titres d'occupation domaniale. Le principe de neutralité religieuse des personnes publiques consolide cette justification. À ce propos, dans le respect de ce principe de neutralité, cette mise à disposition doit respecter le principe d'interdiction des libéralités au regard, non pas de la seule gratuité de la mise à disposition, mais de la durée et des conditions d'utilisation du local communal, de l'ampleur de l'avantage éventuellement consenti et des motifs d'intérêt général justifiant la décision de la commune.

CODE GÉNÉRALE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES	
Version actuelle	Version recommandée ⁸⁰⁷
- PARTIE LÉGISLATIVE -	
Chapitre IV : Services de proximité	Chapitre IV : Services de proximité
Article L. 2144-3 (<i>Inchangé</i>)	Article L. 2144-3 (<i>Inchangé</i>)
	<u>Article L. 2144-3-1</u> (<i>Nouveau</i>)
	<u>La mise à disposition de locaux communaux au sens de l'article L. 2144-3 ne peut être refusée à une association pour l'exercice d'un culte au seul motif que la demande est adressée par une association à cette fin.</u>
	<u>L'autorisation d'utiliser un local communal par une association pour l'exercice d'un culte ne peut être ni exclusive ni pérenne.</u>
	<u>Dans le respect du principe de neutralité à l'égard des cultes prévu à l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, l'autorisation d'utiliser un local communal par une association pour l'exercice d'un culte exclut toute libéralité au regard de la durée et des conditions d'utilisation du local communal, de l'ampleur de l'avantage éventuellement consenti et des motifs d'intérêt général justifiant la décision de la commune.</u>
	<u>Pour l'application de l'alinéa précédent, la mise à disposition gratuite d'un local communal à une association pour l'exercice</u>

⁸⁰⁷ Les passages en gras, soulignés et en rouge sont des ajouts apportés par la Chaire dans le cadre des présentes recommandations. Les passages originaux supprimés sont rayés, en gras, souligné et en rouge.

**d'un culte ne constitue pas, de ce seul fait,
une libéralité.**



BIBLIOGRAPHIE



BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES ET THÈSES

CHAMARD-HEIM Caroline, *Droit des biens publics*, Paris, PUF, Thémis droit, 2022.

GIACUZZO Jean-François, *Droit administratif des biens*, Dalloz, 2023.

HOEPFFNER Hélène, *Droit des contrats administratifs*, 3e édition, Dalloz, 2022.

LAJOUS Jacques et ROUSSEAU Christophe, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques 10 ans après Lévy-Jouyet*, Institut universitaire Varenne, Colloque et Essais, 2019.

LICHERE François et RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 13e édition, LGDJ, 2024.

ROUX Christophe, *Droit administratif des biens*, 3e édition, Dalloz, coll. Mementos, 2024.

TARLET Fanny, *Droit administratif des biens*, 2e édition, Dalloz, coll. Hypercours, 2024.

UBAUD-BERGERON Marion, *Droit des contrats administratifs*, 5e édition, LexisNexis, 2024.

THÈSES

BLANCHET Pierre-Adrien, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, Thèse, L'Harmattan, 2020.

CAMUS Aurélien, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, Thèse dactyl., Paris X, 2013.

DE LA PORTE DES VAUX Jacques, *La valorisation des biens publics mobiliers*, Thèse dactyl., Université Paris-Saclay, 2022.

DEVILLERS Hugo, *L'utilisation du bien d'autrui par une personne publique. Recherche sur le statut de personne publique locataire*, Thèse, Mare & Martin, 2019.

GADHOUN Pierre-Yves, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Dalloz, 2008.

GIACUZZO Jean-François, *La gestion des propriétés publiques en droit français*, Thèse, LGDJ, 2014.

HENNEQUIN-MARC Lucile, *La propriété intellectuelle des personnes publiques*, Thèse dactyl., Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016.

MASSON Romain, *La valorisation des biens publics*, Thèse dactyl., Université Paris Nanterre, 2018.

NAKPIERI Nakome, *La théorie des contrats spéciaux en droit administratif*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2024.

Quentin DUPOUY, *Le renouvellement des garanties de l'occupant sur le domaine public*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux, 2023.

RAYNAL Jérémy, *Propriété publique et logement social*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2016.

SCHMIEDERER Morgan, *Les sûretés réelles administratives*, Thèse, LGDJ, 2024.

TARLET Fanny, *Les biens publics mobiliers*, Thèse, Dalloz, 2017.

YHOULAM Athoumani, *La liberté de gestion du domaine public*, Thèse dactyl., Université Paris-Est Créteil, 2021.

ARTICLES DE DOCTRINE

ALLIEZ Quentin, « L'extension de la jurisprudence Commune de Douai aux contrats de service du code de la commande publique », *AJDA*, 2024, p. 708.

BASSI Timothée,

« La valorisation des biens immatériels de l'autorité concédante », *AJDA*, 2020, p. 2200.

« Les données collectées par le concessionnaire de service public », *AJDA*, 2019, p. 496.

BEN KHELIL Kawthar et TENAILLEAU François, « Le recours au bail emphytéotique », *CP*, 2022, n° 228, p. 39.

BERREZAI Marie et GEFFROY Guillaume, « La requalification des contrats immobiliers : quels sont les risques ? », *CP*, 2022, n° 228, p. 70.

BIDAULT Laurent et ROBELIN Baptiste, « Le bail à construction est-il adapté aux personnes publiques ? », *CP*, 2022, n° 228, p. 34.

BLANQUET Pierre et PLESSIX Benoît, « Contrats domaniaux », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 79, 2023.

BLONDEL David et MATHA Frédéric, « Regards sur les enjeux et conséquences du caractère unilatéral ou conventionnel des titres d'occupation du domaine public », *Ctts et MP*, 2023, n° 1, 1.

BLONDEL David et MONDOU Christophe, « Pratique et actualité des contrats de mobilier urbain en question », *Ctts et MP*, 2024, n° 4, 2.

BOTTINI Fabien, « Concessions de service public autres que les délégations de service public », *JCl. Administratif*, Fasc. 698, 2021.

BOUL Maxime et GIACUZZO Jean-François, « Domaine public – Règles générales d'utilisation – Utilisation conforme », *JCl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. 510, 2021, mise à jour 2024.

BOUL Maxime,

« Précisions sur l'indemnisation des biens non amortis lors de la résiliation pour motif d'intérêt général d'une concession conclue entre personnes publiques », *JCP A*, n° 45, 2017, act. 530.

« Les concours de droits sur l'image du domaine public mobilier », *AJDA*, n° 8, p. 371.

BRACONNIER Stéphane, « Retour sur quelques questions intéressant les opérations immobilières des personnes publiques », *RDI*, 2018, p. 8.

BRECHOT François-Xavier, « Les biens de retour d'un casino : un oxymore qui peut rapporter gros », *AJDA* 2019 p. 50.

BRISSON Jean-François, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *AJDA*, 2005, p. 591.

BUTLEN Anna, « Les contrats sur la propriété publique immatérielle », in Guylain CLAMOUR (dir.), *Contrats et propriétés publics*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2011, p. 249-267.

CABANES Christophe et COUETTE Jérémie, « La réception des travaux doit-elle continuer à mettre fin à la responsabilité contractuelle des maîtres d'œuvre ? », *CP*, 2021, n° 223, p. 22.

CANTIÉ Christophe, « Contrat de concession – Opportunité et implications du recours au contrat global », *JCl. Collectivités territoriales*, Fasc. 595, 2024.

CARTON Olivier, « Les biens de retour, un enjeu patrimonial ? », *RLCT*, 2014, p. 52.

CASTAGNINO Guillaume, MOROT-MONOMY Camille et RIVIERE Mélissa, « Quelle opportunité pour la personne publique de recourir au crédit-bail immobilier pour la réalisation d'équipements publics ? », *CP*, 2022, n° 228, p. 29.

CHAMARD-HEIM Caroline,

« Concessions domaniales : une (trop) brève analyse des avis rendus par le Conseil d'État », *Ctts et MP*, juill. 2022, repère n° 7, p. 1.

« Gestion du domaine privé », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. n° 58, 2012.

« Interdiction des libéralités et propriétés publiques », *AJDA*, 2023, p. 2040.

« Les biens du service public », in *Le service public*, Dalloz, 2014, p. 193.

« Les contrats publics de location immobilière », in CLAMOUR Guylain (dir.), *Contrats et propriétés publics*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2011, p. 81-99.

« Sortie du domaine public », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 53, 2023.

« L'image du domaine public mobilier : un bien public « spécial » ? », *AJDA*, 2023, n° 8, p. 364.

« Un an de fiscalité des contrats publics », *Ctts et MP*, 2022, n° 6, chron. 3.

CHAMARD-HEIM Caroline, KARPENSCHIF Michaël, « Procédure de délivrance des occupations privatives économiques : tous les chemins mènent à la concurrence (à condition de les emprunter...) », *JCP A*, 2023, n°5, 2033.

CLAMOUR Guylain, « Liberté contractuelle et propriété publique mobilière », in CLAMOUR Guylain (dir.), *Contrats et propriétés publics*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2011, p. 237-248.

CLÉMENCE Marie-Cécile, « La théorie des biens de retour : enjeux juridiques et fiscaux », *AJCT*, 2014, p. 445.

COLEMAN Philippe et DUCHARME Théo, « Financement des projets publics », *JCl. Administratif*, Fasc. 1560, 2023.

COLEMAN Philippe,

« La possibilité de constituer des sûretés réelles sur les propriétés publiques », *RDP*, 2020, p. 1471.

« Le financement privé des équipements publics après Commune de Douai », *AJDA*, 2022, p. 2298.

COLLIN Gaëlle, « Contrat de la commande publique et valorisation immobilière : une cohabitation difficile ? », *CP*, 2022, n° 228, p. 65.

CUCHE Pascal et LEQUIEN Michel, « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Dr. Adm.*, 2004, n° 12, p. 14.

DE GAUDEMAR Hervé, « Les clauses de sauvegarde de l'intérêt général dans les contrats portant sur le domaine privé », in CLAMOUR Guylain (dir.), *Contrats et propriétés publics*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2011, p. 155-166.

DELVOLVÉ Pierre, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *RFDA*, 2010, p. 1125.

DERUY Laurent et NOGUELLOU Rozen, « La transmission des contrats portant sur une propriété publique », in Guylain CLAMOUR (dir.), *Contrats et propriétés publics*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2011, p. 127-143.

DOURLENS Nicolas, « Notion de biens de retour dans les concessions de service public », *Ctts et MP*, n° 6, 2019, 8.

ECKERT Gabriel,

« Bail emphytéotique administratif », *JCl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. 610, 2024.

« Contenu de la délégation de service public », *JCl. Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 410, 2022.

« Exécution de la convention de délégation de service public », *JCl. Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 430, 2022, mise à jour 2024.

ERSTEIN Lucienne, « Le concessionnaire remplace des « biens de retour » », *JCP A*, n° 46, 2019, act. 724.

FATÔME Étienne et TERNEYRE Philippe,

« Faut-il abandonner la théorie des biens de retour dans les délégations de service public ? », *in* CLAMOUR Guylain (dir.), *Contrats et propriétés publics*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2011, p. 217-223.

« Le statut des biens des délégations de service public », *AJDA*, 2013-13, p. 724.

FATÔME Étienne,

« A propos de l'apport en garantie des équipements publics », *AJDA*, 2003, p. 21.

« Externalisation et protection des biens affectés au service public. Le point de vue d'un universitaire », *AJDA*, 2007 p. 959.

FRESKO Inès et HAIZE Marie-Cécile, « CCAG-Travaux 2021 : évolutions et réflexes à adopter en matière de réception », *Ctts et MP*, 2021, n° 8-9, 7.

GAUDEMET Yves, « Les biens de retour : la propriété passe avant l'affectation », *in Mélanges Richer*, LGDJ, 2013, p. 633.

GENTY Léo et LABAYLE-PABET Patrick, « Pratique des contrats de naming », *CP*, 2020, n° 205, p. 48.

GOACHET Victoria, « Montages immobiliers qualifiés de marchés de travaux : dans quels cas ? », *CP*, 2022, n° 228, p. 55.

HANSEN Philippe S., « Droits réels sur le domaine public national », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 79-30, 2020.

HASQUENOPH Isabelle, « Commande publique et protection des données personnelles », *AJDA*, 2021, p. 2339.

HECKENROTH Jean-Luc, « Occupation du domaine public - Délivrer des titres domaniaux sans mise en concurrence », *Ctts et MP*, 2018, n° 2, 2.

HOEPFFNER Hélène,

« La théorie des biens de retour en dehors des concessions de service public », *AJDA*, 2022, p. 2291.

« Les utilisations de l'image du domaine public mobilier », *AJDA*, 2023, n° 8, p. 377.

JANICOT Laeticia et LAFAIX Jean-François,

« Un bien de retour restera toujours...un bien de retour », *AJDA*, 2016, p. 1645 ; *RDI*, 2016, p. 473.

« Le juge administratif, le contrat et la propriété des biens de retour », *RFDA* 2013, p. 513.

JANICOT Laetitia, « Le juge administratif, le contrat et la propriété des biens de retour », *RFDA*, 2013, p. 513.

Julien MARTIN, Gilles Pellissier, « Chronique de droit des contrats publics - Décisions de janvier à décembre 2016 (2e partie : Droit des contrats publics spéciaux) », *JCP A*, n° 6, 2018, 2046.

KALOGEROPOULOS Marios, « Commande publique et droit de propriété des opérateurs privés », *AJDA*, 2021, p. 2326.

LAFAIX Jean-François,

« Fin des contrats administratifs », *JCl. Administratif*, Fasc. 795, 2021.

« La maîtrise et la protection des données liées aux contrats de la commande publique : approche théorique », *JCP A*, 2023, n° 51-52, 2396.

« Les biens de retour immatériels », note sous CE, 16 mai 2022, *Commune de Nîmes*, n° 459904, *RFDA*, 2022, n° 5, p. 803.

« Les biens de retour », *RFDA*, 2020, n° 5, p. 937.

LAJOYE Christophe, « Patrimoine des collectivités territoriales », *JCl. Collectivités territoriales*, Fasc. 698, 2022.

LAROCHE Maud, « Les biens relevant du domaine public ne se revendiquent pas », *Actualité des procédures collectives civiles et commerciales*, 2024, n° 13, repère 147.

LEONETTI Raphaël et ROHAN Pierre-Antoine, « Quelle protection pour les actions détenues par une collectivité territoriale dans le capital d'une société cotée ? », *AJDA*, 2011, p. 1376.

LEONETTI Raphaël, « La protection de l'affectation au service public des biens incorporels », *AJDA*, 2009, p. 1689.

LLORENS François, SOLER-COUTEAUX Pierre, « Un an de droit de la propriété des personnes publiques (1re partie) », *Ctts et MP*, n° 3, 2017, chron. 2.

LOMBARD Frédéric, « Occupation domaniale et statut des biens de la concession », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, 21 janvier 2023.

MANSON Corinne, « Droits réels sur le domaine public local », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 79-41, 2016, mise à jour 2022.

MANSON Stéphane, « Domaine public – Communications électroniques », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 77, 2022.

MARCHAND Jennifer, « Durée du contrat public et durée d'amortissement », *Dr. Adm.*, 2013, n° 3, étude 6.

MARTIN Julien,

« L'impossible aménagement contractuel de l'indemnisation des biens de retour entre personnes publiques », *JCP A*, n° 51-52, 2017, 2319.

« L'absence d'influence du caractère déficitaire de l'exploitation de la délégation sur l'indemnisation de la part non amortie des biens de retour », *JCP A*, n° 42, 2015, 2296.

MEYNAUD-ZEROUAL Ariane, « Concessions d'aménagement », *JCl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. 616, 2022.

MOLLION Grégory, « Remunicipalisation : le retour des biens », *JCP A*, 2014, 2068.

MOURIESSE Xavier et BAHOUGNE Louis, « Crédit-bail », *JCl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. Unique, 2021.

MURGUE-VAROCLIER Paul-Maxence,

« Bail emphytéotique administratif : objectivisme ou subjectivisme ? », *JCP A*, 2023, n° 48, act. 696.

« Le sous-occupant du domaine public », *RFDA*, 2020, p. 59.

« Recul de la liberté contractuelle des propriétaires publics ? », *JCP A*, 2023, n° 38-39, act. 555.

NEVEU Benoît, « Dépasser la théorie des biens de retour », *ACCP*, 2011, n° 115, p. 3, édito.

NUYTTEN Ana, « Les marchés globaux attractif ? », *CP*, 2022, n° 228, p. 60.

POURCEL Éric,

« Droit de la propriété intellectuelle appliqué aux marchés publics », *JCl. Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 17, 2021.

« À qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », *JCP N*, 2007, n° 24, 1190.

ROHAN Pierre-Antoine, « Vers une définition prétorienne d'un domaine public mobilier *praeter legem* : à propos de l'affaire APRR », *AJDA*, 2012, p. 208.

ROLLIN Cyrille, « La conclusion des baux sur le domaine privé des personnes publiques », *CP*, 2022, n° 228, p. 44.

ROULET Louis, « Les biens de tiers dans les contrats de concession de service public », *AJDA* 2019 p.1488.

ROUX Christophe,

« Mise en concurrence des titres d'occupations domaniaux », *JCl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. 514, 2021, mise à jour 2024.

« Propriété publique et droit de l'Union européenne », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 7, 2021.

« Commune de Douai, 10 ans après : bien des interrogations en retour... », *JCP A*, 2023, n° 2048.

« L'insaisissabilité des biens publics emportée par l'Elan », *AJDA*, 2019, p. 601.

« La propriété publique à l'épreuve des données publiques », in AFDA, *Le Droit administratif au défi du numérique*, Dalloz, p. 43.

« Le(s) in house, au-delà du droit de la commande publique », *JCP A*, 2020, n° 28, 2202.

« Noces de cire : les (quatre) premiers feux de la mise en concurrence des titres domaniaux », *Ctts et MP*, 2021, n° 4, 2.

SALENNE-BELLET Julie, « Les libéralités dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2023, n° 3, p. 461.

SAMSON-DYE Aline, « La qualification sui generis des quotas de CO2 en concession et DSP », *AJDA*, 2016, p. 1502.

SCHMIEDERER Morgan,

« La « propriété » des constructions de l'occupant du domaine public dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Droit et Ville*, 2002, n° 94, p. 135.

« Le bail emphytéotique administratif local, quel est (désormais) son domaine ? », *AJDA*, 2024, p. 886.

SEUROT Laurent,

« Achat public – Acquisitions immobilières », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 21, 2019.

« Procédés d'acquisition – Dispositions de droit privé », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 20, 2019.

SEVINO Aldo, « Choisir le mode contractuel le plus adapté : conseils et recommandations », *CP*, 2022, n° 228, p. 12.

SORBARA Jean-Gabriel, « L'apport de la théorie civiliste au droit de propriété des constructions sur un fonds public », *RFDA*, 2017, p. 341.

TARLET Fanny,

« De la propriété publique aux biens publics (l'exemple mobilier) », *Les Cahiers Portalis*, 2018, n° 5, p. 45.

« L'application du droit privé aux propriétés publiques », *AJDA*, 2021, p. 69.

TIFINE Pierre, « Données privées d'intérêts général – Partage de données entre l'Administration et le secteur privé », *JCl. Administratif*, Fasc. 109-90, 2024.

TIXIER Jean-Luc, « L'emprunt aux techniques de droit privé : quel intérêt ? », *RFDA*, 2020, n° 5, p. 951.

UBAUD-BERGERON Marion, « L'obligation de mise en concurrence au-delà de la commande publique : un impensé du droit français ? », *Ctts et MP*, 2023, n° 12, repère 11.

Valérie DUFAU, « Financement privé des équipements publics », *JCl. Droit bancaire et financier*, Fasc. 690, 2019.

VIDELIN Jean-Christophe,

« Droit public économique », *JCP A*, n° 20, 2017, 2131.

« Renouvellement de concession de service : égalité entre les candidats et biens de retour », *AJDA*, 2021, p. 341.

VILA Jean-Baptiste,

« Nouvelle dérogation à la classification juridique des biens composant le patrimoine d'un contrat de DSP : le cas des quotas de dioxyde de carbone », *JCP A*, n° 48, 2017, 2291.

« Le régime des biens de retour en concession et l'absence d'atteinte au droit de propriété - Le cas des biens apportés par le concessionnaire », *JCP A*, 2023, n° 48, 2365.

« Tour et détour de l'approche fonctionnelle de la théorie des biens de retour », *JCP A*, 2023, n° 1, 2002.

YOLKA Philippe,

« Biens des concessions : retour sur quelques paradoxes domaniaux », *Droit de la Voirie*, n°236, 2024, en ligne : <https://proprietespubliques.fr/2024/01/25/biens-concessions-retour-quelques-paradoxes-domaniaux-philippe-yolka/>.

« Domaine public immatériel : Share ? », *JCP A*, n° 47, 2023, act. 686.

« Domaine public mobilier », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 45, 2023.

« Les sous-concessions domaniales : territoire d'un contentieux », in *Mélanges L. Richer*, Lextenso, 2013, p. 247.

« Servitudes sur le propriétés publiques », *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. n° 55.

« Usucampion », *AJDA*, 2019.

« Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », *AJDA*, 2016, p. 1797.

CONCLUSIONS, NOTES ET COMMENTAIRES DE DÉCISIONS

ALLAIRE Frédéric, « L'indemnisation des biens de retour non amortis, consécutive à la résiliation d'une concession entre personnes publiques », *Droit Administratif*, n° 1, 2018, comm. 2.

BRENET François,

« Nouvelle illustration de l'effet attractif des biens de retour : le cas des biens dont le concessionnaire de service public était propriétaire avant la passation du contrat », *Droit Adm.*, n° 12, 2018, comm. 59.

« La propriété des installations édifiées ou acquises par l'occupant « ordinaire » du domaine public », *Dr. Adm.*, 2010, n° 11, comm. 140.

CAYROL Nicolas, « Les biens de l'État et des personnes publiques sont vraiment insaisissables », note sous Cass. com., 23 mai 2024, n° 22-24.565, *Société Egide, RTD Civ.*, 2024, p. 733.

CHAMARD-HEIM Caroline,

« La théorie maximaliste des biens de retour est conforme à la CEDH », note sous CEDH, 5 oct. 2023, n° 24300/20, SARL Couttolenc Frères, *Dr. voirie*, janv.-février 2024, n° 236, p. 211.

« Gratuité de la mise à disposition d'un local du domaine public communal à une association pour l'exercice d'un culte : vers un droit domanial spécial », commentaire sous CE, 18 mars 2024, n° 471061, *Commune de Nice, Ctts et MP*, 2024, n° 6, comm. 169.

« Pas de transparence requise sur la pondération ou la hiérarchisation des critères de sélection dans les conventions d'occupation du domaine public », commentaire sous CAA Bordeaux, 15 juin 2023, n° 21BX02210, *Société Kostaldea, Ctts et MP*, 2023, n° 10, comm. 275.

« Procédure de sélection préalable et occupation économique du domaine privé : le retour de la méthode «Jean Bouin» », commentaire sous CE, 2 décembre 2022, n° 460100, *Commune de Biarritz, Ctts et MP*, 2023, n° 2, comm. 54.

« Procédure de sélection préalable et occupation économique du domaine public : balle de match pour le droit de l'Union », commentaire sous CE, 2 décembre 2022, n° 455033, *Société Paris Tennis, Ctts et MP*, 2023, n° 2, comm. 52.

« Quand la Cour de cassation découvre un nouvel élément du domaine public mobilier », commentaire sous Cass. Com., 23 mai 2024, n° 22-24.564 et 22-24.565, *Sté Egide, Ctts et MP*, 2024, n° 8/9, comm. 226.

DACOSTA Bertrand, concl. sur CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.

ECKERT Gabriel,

« Biens de retour et biens acquis par le concessionnaire antérieurement à la conclusion de la concession », *Ctts et MP*, n° 10, 2018, comm. 232.

« Biens de retour et remplacement des biens en cours de concession », *Ctts et MP*, n° 6, 2021, comm. 182.

« Biens de retour et propriété des tiers au contrat de concession », *Ctts et MP*, n° 5, 2023, comm. 147.

« Indemnisation des biens de retour en cas de résiliation et interprétation des stipulations contractuelles », *Ctts et MP*, n° 8-9, 2018, comm. 191.

« Notion de biens de retour », *Ctts et MP*, n° 5, 2016, comm. 139.

« Propriété des biens réalisés par l'occupant du domaine privé », comm. sous CE, 23 juill. 2014, n° 364490, *Société Fibres*, *Ctts et MP*, 2014, n° 10, comm. 273.

« Résiliation et indemnisation des biens de retour non-amortis : quelle place pour la liberté contractuelle ? », *Ctts et MP*, n° 12, 2017, comm. 281.

« Biens de retour et propriété des tiers au contrat de concession », *Ctts et MP*, 2023, n° 7, comm. 210.

« Les droits d'administration de pages de réseaux sociaux peuvent être des biens de retour », *Ctts et MP*, 2022, n° 8-9, comm. 241.

« Marché public d'entreposage : les biens publics ne peuvent pas être retenus », *Ctts et MP*, 2008, n° 12, comm. 277.

« Provisions pour renouvellement des biens de retour », *Ctts et MP*, 2019, n° 1, comm. 19.

FOULQUIER Norbert, « Mettre les biens publics hors des liquidations judiciaires grâce à l'extension de la définition du domaine public immobilier aux biens meubles », note sous Cass. com., 23 mai 2024, n° 22-24.565, *Société Egide*, *RDI*, 2024, p. 475.

GUILLAUMONT Olivier, « De quelques exceptions aux obligations de publicité et de mise en concurrence des occupations domaniales », concl. sur CAA Marseille, 8 déc. 2023, n° 22MA02461, *Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de France et a.*, *JCP A*, 2024, n° 6, 2046.

HENRARD Olivier, « Les biens nécessaires au service public apportés par le concessionnaire : des biens de retour », concl. sur CE, Sect., 29 juin 2018, *Ministre de l'intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye*, n° 402251, *RFDA*, 2018, p. 939.

HOEPFFNER Hélène,

« Distinction entre biens de retour et biens de reprise », *Ctts et MP*, n° 4, 2016, comm. 107.

« Indemnisation des biens de retour à la suite de la résiliation anticipée d'une DSP », *Ctts et MP*, n° 7, 2018, comm. 167.

« Précisions sur la notion de dépenses utiles », *Ctts et MP*, 2024, n°1, comm. 7.

LABRUNE Nicolas,

concl. sur CE, 16 février 2024, *Société roannaise d'immobilier*, n° 467684.

concl. sur CE, 17 juillet 2025, *Commune de Berck-sur-Mer*, n° 503317.

LE BRIS Isabelle, « Une limite à la notion de bien de retour dans la délégation de service public », *AJDA*, 2023, p. 904.

LORMETEAU Blanche, « L'approfondissement de la définition des biens de retour révélant l'importance de l'intention des parties à l'aune des aléas technologiques », *Droit Administratif*, n° 6, 2016, comm. 38.

MULLER Étienne,

« Illicéité d'une clause prévoyant une indemnité pour renouvellement des biens de retour », *Ctts et MP*, n° 8-9, 2021, comm. 250.

« Indemnisation de la part non amortie de biens de retour en cas de résiliation », *Ctts et MP*, n° 8-9, 2021, comm. 251.

« Prise en compte d'une subvention dans le calcul de la part non-amortie des biens de retour », *Ctts et MP*, n°3, 2023, comm. 86.

« Un immeuble dont l'acquisition n'était pas prévue par la convention ne constitue pas un bien de retour », *Ctts et MP*, n° 6, 2022, comm. 180.

« Les biens laissés à disposition de l'acheteur après résiliation n'ouvrent pas droit à indemnité », *Ctts et MP*, n° 10, octobre 2023, comm. 267.

MURGUE-VAROCLIER Paul-Maxence, « Exploitation économique du domaine privé : les exigences de transparence de la directive Services au point mort », commentaire sous CAA Bordeaux, 2 nov. 2021, n° 19BX03590, 19BX03620, *JCP A*, 2022, n° 7, 2057.

PELLISSIER Gilles, concl. sur CE, 27 janv. 2020, *Toulouse métropole*, n° 422104.

ROUX Christophe,

« Gestion domaniale et droit de la concurrence : quelques nouvelles d'un mort-vivant », commentaire sous CAA Paris, 25 avril 2024, n° 23PA03706, 23PA03705, 23PA02821, 23PA02820 et 23PA02819, *JCP A*, 2024, n° 30-34, 2219.

« L'immatériel est-il l'ennemi du « bien » (Nouveaux détours par les « meubles de retour ») », note sur CE, 16 mai 2022, n° 459904, *Commune de Nîmes, Dr. Voirie*, 2022, n° 227, p. 111.

« Le sort des biens construits par le sous-occupant du domaine public à l'expiration de son titre d'occupation », commentaire sous CAA Marseille, 15 mai 2017, n° 16MA04042, *Société Carilis, JCP A*, 2017, n° 28, 2182.

UBAUD-BERGERON Marion, « Délégation de service public et biens de retour : la liberté contractuelle des parties ne peut déroger au régime légal d'un ouvrage », *Ctts et MP*, n° 7, 2014, comm. 197.

VICTOR Romain, concl. sur CE 23 janv. 2020, *Sté touristique de la trinité*, n° 426421.

AUTRES PUBLICATIONS (RAPPORTS, GUIDES, ETC.)

ASSOCIATION POUR L'ACHAT DANS LES SERVICES PUBLICS,

« Concessions - Amortissement des biens et révision des prix : le Conseil d'État fait le point », *Banque des territoires*, 30 janvier 2020.

« DSP - Biens de retour et résiliation anticipée : quelle indemnisation pour le délégataire ? », *Banque des territoires*, 22 juin 2018.

« DSP : précisions sur le retour des biens acquis avant le contrat », *Banque des territoires*, 4 juillet 2018.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, « Conséquences juridiques des dégradations survenues sur les marchés publics de travaux en cours lors des violences urbaines entre le 27 juin et le 5 juillet 2023 », *Fiches techniques*, 27 juillet 2023.

SOUS LA DIRECTION DU PR. FRANÇOIS LICHÈRE,

COLLECTION DES RAPPORTS THÉMATIQUES

DE LA CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Dans la même collection :

François LICHÈRE (dir.), *Crise sanitaire et contrats publics* (Avril 2021)

François LICHÈRE (dir.), *Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics* (Octobre 2021)

François LICHÈRE (dir.), *Prévention de la corruption et contrats publics* (Mars 2022)

François LICHÈRE (dir.) *Environnementalisation des marchés publics* (Septembre 2022)

François LICHÈRE (dir.), *Modification des contrats de la commande publique* (Juillet 2023)

François LICHÈRE (dir.), *La digitalisation de la commande publique* (Décembre 2023)

François LICHÈRE, Fabrice MELLERAY et Laurent RICHER (dir.), *La répartition et le traitement du risque dans la commande publique* (Juillet 2024)

L'ensemble des rapports est disponible sur le site internet de la Chaire de droit des contrats publics à l'adresse suivante : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapports-thematiques>.

LE STATUT DES BIENS DANS LES CONTRATS PUBLICS

Sous la direction de :

C. Chamard-Heim et F. Lichère

Equipe de recherche :

Cédric Bernard, Chercheur
Alice Lassale, Chercheuse post-doc
Rosalie Le Moing, Chercheuse post-doc
Adeline Maynier-Pozzi, Chercheuse post-doc
Fikahin Yéo, Chercheur

Les rapports sont réalisés par les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics, grâce au concours des partenaires financiers, des membres du conseil scientifique et du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu à des interviews conduites dans le cadre d'enquêtes qualitatives et de celles ayant répondu à des questionnaires en ligne selon la méthode de l'enquête quantitative.

Le rapport sur *Le statut des biens dans les contrats publics* analyse l'encadrement juridique et les pratiques relatives à la gestion contractuelle du domaine public et du domaine privé des personnes publiques. L'étude s'intéresse en particulier aux contrats de la commande publique et aux conventions d'occupation temporaire du domaine, constitutives ou non de droits réels.

Dans le cadre de cette recherche, la Chaire de droit des contrats publics a enquêté auprès de 110 personnes afin de recenser les retours d'expériences d'avocats, de notaires, d'experts, d'agents des acheteurs publics ou autorités concédantes spécialisés dans la commande publique, et de juristes d'opérateurs économiques.

Ces entretiens et sondages, menés de décembre 2024 à mars 2025, permettent de dresser plusieurs constats, notamment :

- Des difficultés d'identification du statut d'un bien public, notamment en l'absence de registre à jour des actes de déclassement d'un bien relevant du domaine public ;
- Une faible maîtrise du droit de la propriété intellectuelle par les juristes de la commande publique avec une tendance excessive à exiger la pleine propriété intellectuelle au lieu d'une simple cession des droits d'usage ;
- Des difficultés d'identification des biens de retour, des biens de reprise et des biens propres en raison de l'imprécision du critère de qualification d'un bien de retour résultant de son caractère nécessaire au fonctionnement du service public ;
- Des difficultés pour respecter les obligations d'entretien et de maintenance en raison de l'imprécision des notions de bon entretien ou encore d'entretien normal ;
- Des divergences d'interprétation sur l'obligation de publicité et de mise en concurrence pour les titres d'occupation à caractère économique des biens relevant du domaine privé des personnes publiques ;
- Une volonté de clarifier le principe d'insaisissabilité pour faciliter les financements des projets publics, préciser les voies d'exécution administratives et reconnaître des montages comme la fiducie-sûreté.

De l'ensemble des constats, la Chaire de droit des contrats publics formule 17 propositions de recommandation. Principalement, la Chaire propose de recentrer la théorie des biens de retour sur la continuité du service public et de l'étendre aux marchés publics confiant la gestion d'une mission de service public au titulaire. En outre, pour éviter les risques d'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne, la Chaire incite les praticiens à respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence prévues pour les conventions d'occupation du domaine public lors de la délivrance de titre d'occupation temporaire des biens rares du domaine privé présentant un intérêt transfrontalier. Enfin, pour sécuriser la gestion contractuelle de leur domaine, une règle pratique prudentielle est recommandée aux personnes publiques. En cas de d'incertitude sur la nature domaniale d'un bien, il convient de considérer, à titre de précaution, que le régime applicable est celui le plus restrictif, donc celui d'un bien relevant du domaine public.

Site internet de la Chaire de droit des contrats publics :
<https://chairedcp.univ-lyon3.fr/>

RAPPORT
JUILLET
2025

