

Domaine public : Le Conseil d'État précise les conditions dans lesquelles une promesse de vente de biens relevant du domaine public pouvait être régulièrement conclue avant l'entrée en vigueur de l'article L. 3112-4 du CGPPP et indique que la réduction significative du périmètre d'une concession de service public en constitue une modification substantielle, en tant que telle illégale (*SEMEPA*)

France, Secteur public, Concession, Public Procurement

CE, 15 nov. 2017, Commune d'Aix-en-Provence, Société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix (SEMEPA), n° 409728

Grégory Marson, Concurrences | N°86260, www.concurrences.com

Le 29 décembre 1986, la commune d'Aix-en-Provence (la "Commune") a conclu avec la société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix (la "*SEMEPA*") une convention relative à la concession de la gestion du service public du stationnement payant hors voirie et de l'exploitation de sept parcs de stationnement publics sur voirie. Le 24 octobre 2003, les deux parties ont également conclu une autre concession portant sur l'exploitation d'un huitième parc de stationnement. Le 9 juin 2016, la Commune et la *SEMEPA* ont conclu une convention qualifiée par les parties de "*résiliation partielle*" des deux conventions précitées, étant précisé qu'elle comprenait également une promesse de vente de biens sous condition suspensive du déclassement de ceux relevant du domaine public (la "Convention").

Le préfet a déferé la convention au tribunal administratif sur le fondement de l'article L. 554-1 du Code de

justice administrative (CJA), en assortissant son déféré d'une demande de suspension de l'exécution de la Convention. Le juge des référés a suspendu l'exécution de la Convention en se fondant sur deux motifs : la méconnaissance du principe d'inaliénabilité du domaine public et l'incompétence de la Commune pour conclure une telle convention. Le juge des référés de la cour administrative d'appel a confirmé l'ordonnance de 1ère instance. Le Conseil d'État casse l'ordonnance du juge des référés de la cour mais rejette tout de même les requêtes de la Commune et de la SEMEPA en réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par le préfet.

En premier lieu, la présente affaire a permis au Conseil d'État d'indiquer les conditions dans lesquelles une promesse de vente de biens relevant du domaine public pouvait être régulièrement conclue avant l'entrée en vigueur du nouvel article L. 3112-4 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP). En second lieu, le Conseil d'État souligne que la réduction significative du périmètre d'une concession de service public en constitue une modification substantielle, en tant que telle illégale. En troisième lieu, le juge confirme que l'illicéité de l'objet d'un contrat doit aboutir au constat de son illégalité.

Le Conseil d'État indique les conditions dans lesquelles une promesse de vente de biens relevant du domaine public pouvait être régulièrement conclue avant l'entrée en vigueur du nouvel article L. 3112-4 du CGPPP

La question de la légalité des promesses de vente de biens relevant du domaine public est une question complexe qui fait intervenir des principes et des logiques *a priori* difficilement conciliables. En effet, comment une personne publique pourrait-elle s'engager à céder un bien qui, au moment où elle s'engage, ne peut être vendu, et ce conformément au principe d'inaliénabilité du domaine public visé à l'article L. 3111-1 du CGPPP ? Par ailleurs, conformément à l'article L. 2141-1 du CGPPP, la sortie du bien du domaine public implique en principe une désaffectation et un déclassement préalables. Or le gestionnaire domanial ne saurait, par un "*pacte sur décision future*", légalement lier de manière contractuelle son pouvoir de décision unilatérale, et ce d'autant plus qu'un intérêt public pourrait imposer le maintien du bien sous le régime protecteur de la domanialité publique (voir M. Ubaud-Bergeron, *Droits des contrats administratifs*, 2ème éd., Lexisnexis, 2017, n° 23, pp. 14-15).

De fait, la jurisprudence sur la question n'était pas clairement fixée. Une cour administrative d'appel a pu considérer que le compromis de vente d'une parcelle appartenant au domaine public, désaffectée mais qui n'avait pas fait l'objet d'un acte de déclassement à la date de signature du compromis, méconnaissait le principe d'inaliénabilité du domaine public (CAA Nancy, 10 jui. 2013, *Société de construction et de gestion immobilière*, n° 12NC00341). En revanche, une autre cour a pu considérer qu'était légale une promesse synallagmatique de vente d'une parcelle relevant du domaine public assortie d'une condition suspensive relative à sa désaffectation et à son déclassement préalables, tout en relevant par ailleurs que la personne publique n'avait pris aucun engagement sur la désaffectation de la dépendance (CAA Lyon, 20 oct. 2011, *Eiffage Immobilier Centre Est*, n° 10LY01089).

La question est aujourd'hui réglée par le nouvel article L. 3112-4 du CGPPP introduit par l'article 10 de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017. Pour mémoire, les deux premiers alinéas de cet article disposent : *“Un bien relevant du domaine public peut faire l'objet d'une promesse de vente ou d'attribution d'un droit réel civil dès lors que la désaffectation du bien concerné est décidée par l'autorité administrative compétente et que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation permettant le déclassement ne prenne effet que dans un délai fixé par la promesse. À peine de nullité, la promesse doit comporter des clauses précisant que l'engagement de la personne publique propriétaire reste subordonné à l'absence, postérieurement à la formation de la promesse, d'un motif tiré de la continuité des services publics ou de la protection des libertés auxquels le domaine en cause est affecté qui imposerait le maintien du bien dans le domaine public”*. En raison de la date de son entrée en vigueur, l'article précité était inapplicable aux faits de l'espèce. Reprenant en substance son contenu, le Conseil d'État indique toutefois *“qu'aucune disposition du code général de la propriété [des personnes] publique[s] ni aucun principe ne faisaient obstacle à ce que, antérieurement à l'entrée en vigueur de ces dispositions [c'est-à-dire celles de l'article L. 3112-4 du CGPPP], des biens relevant du domaine public fassent l'objet d'une promesse de vente sous condition suspensive de leur déclassement, sous réserve que le déclassement soit précédé de la désaffectation du bien et que la promesse contienne des clauses de nature à garantir le maintien du bien dans le domaine public si un motif, tiré notamment de la continuité du service public, l'exigeait”* (cons. 4).

Compte tenu de la formulation retenue par le juge, la règle ainsi posée semble couvrir toutes les dépendances domaniales de quelque nature qu'elles soient et toutes les promesses de vente, qu'elles soient synallagmatiques ou unilatérales.

Ayant suspendu l'exécution de la Convention pour un motif infondé, l'ordonnance du juge des référés de la cour est logiquement annulée par le Conseil d'État, lequel règle l'affaire en application de l'article L. 821-1 du CJA. Deux moyens soulevés par le préfet vont néanmoins le convaincre de rejeter les requêtes.

La réduction significative du périmètre d'une concession de service public en constitue une modification substantielle, en tant que telle illégale

La présente affaire a donné l'occasion au Conseil d'État de faire une première application des dispositions de l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et de l'article 36 du décret du 1er février 2016 relatives aux modifications des concessions de service public. En application de l'article 78 de l'ordonnance précitée, ces dispositions sont applicables *“à la modification des contrats qui sont des contrats de concession au sens de la présente ordonnance et qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure*

de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance". Elles pouvaient donc être appliquées afin de contrôler la légalité de la Convention.

Pour mémoire, l'article 36 du décret du 1er février 2016 dispose : *"Le contrat de concession peut être modifié dans les cas suivants : (...) 5° Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles. Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du contrat de concession"*. Le même article ajoute immédiatement : *"En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie : a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ; b) Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial"* (en matière de marchés publics, voir CJUE, 7 sept. 2016, *Finn Frogne A/S*, aff. C-549/14, G. Marson, *Concurrences*, n° 1-2017, n° 83151).

Au cas précis, le Conseil d'État a tout d'abord relevé que la convention initiale du 29 décembre 1986 *"avait pour objet de concéder la gestion du service public du stationnement hors voirie et du service public du stationnement sur voirie"* et a ensuite estimé qu'elle constituait *"du fait notamment des conditions de son équilibre financier, un ensemble unique"*. Avec la Convention, ce n'était rien moins que la gestion de sept parkings hors voirie qui était supprimée de cet *"ensemble unique"*. Le juge a donc considéré que la prétendue *"résiliation partielle"* constituait une modification qui devait être regardée, *"eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial"*.

Au regard des termes de l'ordonnance et du décret précités, ce seul constat suffisait à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la Convention. Le juge a toutefois précisé, par un *"en outre"*, que la Convention introduisait *"des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue"* (cons. 20).

Le Conseil d'État confirme que l'illicéité de l'objet d'un contrat doit aboutir au constat de son illégalité

Le second motif justifiant la suspension de l'exécution de la convention est plus étonnant. Ainsi que le souligne le juge, l'instruction de l'affaire – en particulier la consultation d'un communiqué de presse publié sur le site internet de la Commune – révèle que le montage contractuel litigieux, c'est-à-dire la *"résiliation partielle"* de la convention du 29 décembre 1986 et la cession ultérieure des parkings hors voirie à la SEMEPA, avait pour seul objectif de faire obstacle à l'exercice, par la métropole d'Aix-Marseille-Provence, de la compétence en matière de parcs de stationnement que lui confèrent, à compter du

1er janvier 2018, les dispositions de l'article L. 5218-2 du Code général des collectivités territoriales.

Le Conseil d'État considère par conséquent que “*le moyen tiré de ce que la convention du 9 juin 2016 avait un objet illicite et devait être regardée comme entachée d'un ' détournement de pouvoir ' est de nature à créer un doute sérieux sur la validité de cette convention*” (cons. 21).

Par l'emploi des guillemets entourant l'expression “*détournement de pouvoir*”, le juge a sans doute entendu souligner qu'il s'agissait de celle utilisée par le préfet dans son mémoire pour qualifier le moyen soulevé. On comprend que le juge ne la reprenne pas à son compte puisque cette formulation est en principe uniquement utilisée dans le contentieux de l'excès de pouvoir lorsqu'est en cause un acte administratif unilatéral pris dans un but autre que celui en vue duquel la loi a accordé une compétence à une autorité administrative (voir CE, 26 nov. 1875, *Pariset, Rec.*, p. 934 ; *GAJA*, 21^{ème} éd., Dalloz, 2017, n° 4, p. 27).

Ainsi que l'indique la rédaction de la décision sous revue, c'est bien l'objet de la Convention qui a été considéré comme illicite, et non sa cause (sur ce point voir CE, 15 fév. 2008, *Commune de La Londe-les-Maure*, n° 279045). Peut-être le Conseil d'État a-t-il pris acte de la disparition de la cause du Code civil depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations portée par l'ordonnance du 10 février 2016. Dans cette optique, il aurait pu avantageusement prendre appui sur la notion de “*contenu licite*” (ou illicite) visée tant à l'article 1128 du Code civil que dans les jurisprudences *Béziers I et II* (en ce sens, voir par exemple CE, 1er oct. 2013, *Espace Habitat Construction*, n° 349099).

Grégory Marson | Gibson Dunn & Crutcher (Paris) | GMarson@gibsondunn.com