

Lettre de l'Office Notarial 14 PYRAMIDES

Immobilier Institutionnel – Construction Promotion – Environnement – Développement Durable – Aménagement Urbanisme

ImmoThème Août 2011

Les contrats portant sur le domaine privé des personnes publiques

La fascination des juristes pour l'étude du domaine public est bien connue. Le domaine privé, qui constitue le second régime applicable aux biens des personnes publiques, est en revanche incontestablement négligé, généralement sur le fondement de deux idées. En premier lieu, principalement régi par le droit privé, le domaine privé n'appellerait pas d'analyse particulière. En second lieu, il serait moins « noble » que le domaine public étant destiné à servir non pas l'intérêt général, mais l'intérêt privé, c'est-à-dire l'intérêt patrimonial de la collectivité propriétaire.

La gestion par les personnes publiques de leur domaine privé s'avère pourtant plus compliquée qu'il n'y paraît. Non seulement le droit privé n'est pas tout, mais surtout l'opposition des deux types de domanialité en fonction des finalités poursuivies, intérêt général d'un côté et intérêt patrimonial d'un autre côté, est d'une simplicité confondante. Tout d'abord, il existe des biens du domaine privé faisant l'objet d'une affectation à l'intérêt général. Les forêts, les chemins ruraux, les réserves foncières ainsi que les immeubles à usage de bureaux sont dans ce cas. Ensuite, l'intérêt patrimonial n'est jamais entièrement détaché de l'intérêt général puisque la production de revenus vient toujours le servir à terme. Enfin, après avoir découvert que le domaine public pouvait faire l'objet d'une exploitation économique, les collectivités publiques se sont récemment rendues compte que loin de n'être qu'une source de revenu, le domaine privé pouvait accompagner la mise en œuvre de leurs politiques, en d'autres termes être un instrument au service de l'intérêt général. Les exemples sont nombreux qu'il s'agisse de la réalisation d'ateliers relais, de l'installation d'entreprises sur des terrains publics, de la cession de terrains communaux pour encourager la construction de logements, etc.

Mettant fin à un long débat doctrinal reposant sur des décisions contradictoires, un arrêt récent du Tribunal des conflits a permis de préciser la nature des actes se rapportant aux relations contractuelles sur le domaine privé ainsi que la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels qui en résulte. La pratique s'en trouvera confortée jusqu'à un certain point. Aborder l'étude des contrats portant sur le domaine privé des personnes publiques sous l'angle contentieux ne suffit cependant pas. Il convient également de s'intéresser au contenu du contrat dont les potentialités doivent être connues des acteurs locaux et de leurs cocontractants.

La qualification des actes se rapportant aux relations contractuelles sur le domaine privé

Les contrats portant sur le domaine privé sont en principe des contrats de droit privé relevant de la compétence des juridictions judiciaires pour leurs contentieux. Hors le cas d'une qualification législative divergente, par exemple à propos des litiges relatifs aux cessions immobilières de l'État qui doivent être portés devant les juridictions administratives (article L. 3231-1 du CG3P), il n'en va autrement que lorsque sont satisfaits les critères jurisprudentiels du contrat administratif, ce qui implique le plus souvent l'identification d'une clause exorbitante du droit commun (dernièrement : CE 19 novembre 2010, *Office national des forêts*, n° 331837) ou, plus rarement, la reconnaissance de l'exécution sur le domaine privé d'une mission de service public que le contrat prendrait pour objet (classiquement : CE 25 octobre 1961, *Géronimi*, n° 50958, Rec. Lebon, p. 592).

Quand bien même le contrat serait de droit privé, la présence d'une personne publique laisse nécessairement subsister des éléments de droit public : nécessité pour les établissements publics et les collectivités territoriales d'une délibération autorisant la signature du contrat, décisions unilatérales individuelles ou réglementaire concernant la gestion du domaine privé, etc.

On s'est longtemps demandé si ces délibérations et ces actes pouvaient être considérés comme détachables du contrat de droit privé auquel ils se rapportaient, ce qui aurait conduit à réintroduire la compétence de la juridiction administrative connaître des recours les concernant. C'est à cette question que le Tribunal des conflits apporte une réponse dans sa décision du 22 novembre 2010, *SARL Brasserie du Théâtre*, n° C3764 : « *la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, ne met en cause que des rapports de droit privé et relève, à ce titre, de la compétence du juge judiciaire ; qu'il en va de même de la contestation concernant des actes s'inscrivant dans un rapport de voisinage* ». En l'espèce, le Tribunal des conflits a ainsi jugé que l'acte par lequel le maire de Reims avait refusé à la société Brasserie du Théâtre le renouvellement d'un titre d'occupation sur le domaine privé consenti par une convention ne comportant aucune clause exorbitante n'était pas détachable de la gestion du domaine privé et relevait de la compétence du juge judiciaire.

Cette décision permet de préciser les contours du contentieux des contrats de droit privé portant sur le domaine privé de la manière suivante.

En premier lieu, pour les parties, les actes relatifs à la formation, à l'exécution ou à la fin de ce contrat ne concernent en principe que des rapports de droit privé. Cela signifie qu'ils ne sont pas détachables du contrat. Il en va cependant différemment si ces actes affectent par leur objet le périmètre ou la consistance du domaine privé. Devenant des actes de disposition du patrimoine public, ils dépassent alors le strict cadre des rapports de droit privé. Il en résulte qu'ils sont détachables du contrat. Une personne bénéficiant d'un contrat d'occupation du domaine privé tel qu'un bail commercial ou un bail d'habitation pourrait ainsi attaquer devant le juge administratif la délibération d'un conseil municipal qui mettrait fin à son contrat en autorisant la signature d'un contrat de vente de la dépendance.

En second lieu, puisque le Tribunal des conflits a déduit de la notion de relation contractuelle le caractère non détachable de certains actes se rapportant au contrat, il faut comprendre que les tiers à un contrat, ayant un intérêt lésé, et le préfet, dans le cadre de son contrôle de légalité,

peuvent toujours attaquer par la voie du recours en excès de pouvoir les délibérations et les décisions unilatérales concernant la formation, l'exécution ou la fin d'un contrat portant sur le domaine privé, même de droit privé.

Conseil de votre notaire : Les contrats de vente portant sur le domaine privé local sont en principe des contrats de droit privé relevant de la juridiction judiciaire pour leur contentieux. Pour une sécurité optimale, il faudra veiller à ce que la délibération autorisant leur signature fasse l'objet d'une publicité et d'une transmission au contrôle de légalité permettant de faire courir le délai de recours des tiers et du préfet car l'annulation d'un acte détachable peut rejaillir sur la validité du contrat, y compris lorsqu'il est de droit privé. Pour donner un effet à l'annulation de l'acte détachable, le juge administratif peut en effet décider d'enjoindre à la personne publique cocontractante de saisir le juge judiciaire d'une action en nullité contre le contrat (CE, Sect., 7 octobre 1994, Époux Lopez, RFDA 1994, p. 1090, concl. R. Schwartz). Et, le juge judiciaire peut faire droit à cette action après avoir notamment vérifié que le cocontractant de l'administration n'est pas protégé par la théorie du mandat apparent (Cass, Civ. 1^{re}, 12 novembre 1998, Commune de Moulins, RFDA 1999, p. 148, note D. Pouyaud).

Le contenu du contrat portant sur le domaine privé

Dans le respect de l'ordre public, la liberté contractuelle des personnes publiques comme des personnes privées permet de prévoir dans les contrats portant sur le domaine privé une grande variété de stipulations. On peut par exemple constater la présence de plus en plus fréquente dans ces contrats de clauses destinées à sauvegarder l'intérêt général.

Tel qu'on a pu les observer, ces clauses se rattachent principalement à trois grandes familles en fonction de leur objet :

- **les clauses anti-spéculatives.** Elles sont destinées à éviter le détournement de procédure lorsqu'un terrain du domaine privé a été cédé pour favoriser une activité d'intérêt général. Il peut s'agir d'une clause d'inaliénabilité, d'une clause de complément de prix ou d'un pacte de préférence. Par un arrêt du 23 septembre 2009, la Cour de cassation vient ainsi d'admettre la licéité d'un pacte de préférence au profit d'une commune ayant réalisé un lotissement sur son domaine privé lui permettant d'exiger pendant 20 ans de ses acquéreurs qu'ils lui proposent le terrain pour son prix d'acquisition augmenté du prix de revient des constructions, avec une indexation sur le coût de la construction. La Cour de cassation a estimé que la stipulation avait été librement convenue, que sa durée de validité de la clause n'était pas excessive et qu'elle était légitime dans un contexte marqué par la rareté de l'offre et le « décrochage » des possibilités financières de la plupart des ménages par rapport à l'envolée des prix de l'immobilier, en soulignant que les acquéreurs de ce lot avaient eux-mêmes bénéficié de la possibilité d'accéder à un marché protégé de la spéculation immobilière.
- **les clauses concernant l'utilisation du bien.** Elles sont destinées à permettre à la personne publique de contrôler l'utilisation du bien par son occupant. Une telle clause peut par exemple être introduite dans le bail d'une salle de spectacle pour imposer la tenue de spectacles de haute qualité.
- **les clauses de précarité.** Elles sont destinées à permettre la conservation de la maîtrise foncière. Lorsqu'un bien est inutile à un service plutôt que de le vendre, la personne publique peut en effet préférer le louer tout en se réservant la possibilité d'en récupérer l'usage pour un motif d'intérêt général. Il peut s'agir de clauses de résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général ou de clauses dérogatoires au statut des baux commerciaux.

Ces clauses peuvent retentir sur la qualification juridique du contrat portant sur le domaine privé.

On peut cependant considérer à l'examen de la jurisprudence que de telles clauses en sont pas en elles-mêmes suffisantes pour entraîner un « changement de sexe » du contrat selon l'expression du professeur Philippe Yolka (JCP-A, mai 2008, 2117). La finalité d'intérêt général ne suffit pas en effet à entraîner la qualification d'une clause exorbitante. Mais elle peut rendre licite la clause.

Dans un arrêt du 2 février 2005, *Office national des forêts*, la Cour de cassation a par exemple jugé que la clause conférant un caractère précaire à l'occupation à des fins commerciales du domaine privé d'une personne publique n'était pas exorbitante du droit commun tout en admettant que la dérogation au statut des baux commerciaux résultait valablement de ce que le terrain était affecté au service des ponts et chaussées qui avait besoin de l'utiliser à plus ou moins brève échéance.

Le Tribunal des conflits a ultérieurement considéré, dans une décision du 20 février 2008, *Époux Verrière*, n° C3623, qu'un pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat portant sur le domaine privé ne caractérisait pas nécessairement l'existence d'une clause exorbitante du droit commun.

Cela ne saurait cependant pas signifier que toutes les clauses de sauvegarde de l'intérêt général ne sont pas des clauses exorbitantes du droit commun. En présence de telles clauses, l'attention du juge sera particulièrement éveillée et il se livrera à une analyse clause par clause pour juger si elle met à la charge du cocontractant de l'administration des obligations « étrangères par leur nature à celles qui sont susceptibles d'être consenties par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (TC, 15 novembre 1999, *Commune de Boursip*, Rec. Lebon, p. 478).

Dans un arrêt du 19 novembre 2010, *Office National des forêts*, n° 331837, le Conseil d'État a ainsi estimé que la clause permettant à l'administration d'effectuer des travaux sur le terrain donné à bail sans que son cocontractant puisse s'y opposer ni réclamer des indemnités était une clause exorbitante du droit commun justifiant la compétence de la juridiction administrative pour connaître du contentieux contractuel.

Conseil de votre notaire : Les contrats de vente portant sur le domaine privé local sont en principe des contrats de droit privé relevant de la juridiction judiciaire mais la présence de clauses exorbitantes du droit commun entraîne leur qualification en tant que contrat administratif. Il faudra dès lors bien veiller au stade de la rédaction du contrat à ce que les stipulations du contrat correspondent bien au régime contractuel envisagé par les parties de manière à éviter d'éventuelles mauvaises surprises lors de l'exécution du contrat.