



**HAL**  
open science

**Propriétés publiques et Loi ELAN : un léger vent de libération, Droit de la voirie - La revue des propriétés publiques, mars-avril 2019, n° 207, p. 50.**

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. Propriétés publiques et Loi ELAN : un léger vent de libération, Droit de la voirie - La revue des propriétés publiques, mars-avril 2019, n° 207, p. 50.. Droit de la voirie et du domaine public, 2019. hal-02456000

**HAL Id: hal-02456000**

**<https://hal.science/hal-02456000v1>**

Submitted on 16 Jun 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Propriétés publiques et Loi ELAN : un léger vent de libération

Publié à la revue Droit de la voirie - La revue des propriétés publiques, mars-avril 2019, n° 207, p. 50.

Foisonnante, sédimentée, touffue, c'est avant tout comme une « loi-fleuve » que, à l'instar de tant (trop) d'autres de ses consœurs contemporaines, la loi ELAN<sup>1</sup> se présente. Initialement composée de 65 articles lors du projet de loi, sa densité a presque été multipliée par quatre au final, le Conseil constitutionnel n'ayant pas manqué - il fallait s'en douter - de censurer plusieurs cavaliers législatifs<sup>2</sup>. Disons-le d'emblée, la loi ELAN - et ceci conformément à son titre - ne constitue pas une grande loi « domaniale » : il s'agit avant tout d'une loi sur le logement<sup>3</sup> et l'aménagement dont les codes de l'urbanisme, de la construction et de l'habitation et, déjà moins intensément, les codes du patrimoine, de l'environnement ou de l'énergie, sont les passagers de marque. Une simple recherche par mots-clés suffit du reste à s'en convaincre, puisque seulement six dispositions contenues en son sein évoquent une modification du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP)<sup>4</sup>. C'est dès lors en soute que le droit de la propriété publique vient lester de quelques dispositions supplémentaires ce paquebot législatif, les modifications domaniales n'ayant d'ailleurs - avertissons le lecteur-rêveur - rien d'une promenade de plaisance. De fait, l'influence exercée par la loi ELAN sur le droit de la propriété publique se révèle régulièrement par des sources extérieures au CGPPP, une lecture vigilante s'imposant dès lors<sup>5</sup>.

C'est pourquoi il convient sans doute de ne pas sous-estimer la portée de celle-ci. Si l'on avait jeté un filet plus large - de droit administratif des biens - la pêche se serait révélée autrement plus substantielle : au-delà du droit de la propriété publique, la loi ELAN apporte des éléments novateurs au sujet des droits de préemption publics<sup>6</sup>, du droit de réquisition<sup>7</sup> et, à titre marginal, du droit de l'expropriation. En jetant l'ancre cette fois-ci au-dessus d'un « droit public des biens » (« droit des biens spéciaux » ?), il serait loisible d'évoquer l'impact majeur relatif au droit du logement social, les dispositions de la loi venant embrasser indifféremment les biens publics comme privés. Ensuite, la loi ELAN témoigne d'une lame de fond probablement toujours plus intense, à savoir l'urbanisation du « droit domanial » : de fait, après les lois *Duflot*<sup>8</sup> et *ALUR*<sup>9</sup>, ce dernier en constitue désormais un affluent régulier ; la doctrine continue pourtant de naviguer assez peu

---

<sup>1</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, *JORF*, 24 nov. 2018, texte n° 1.

<sup>2</sup> CC, 15 nov. 2018, n° 2018-772 DC, *Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique* ; *AJDA*, 2018, p. 2269, obs. M.-CH. de Montecler ; *LPA*, 25 janv. 2019, p. 7, note P. Battistini.

<sup>3</sup> V. R. Noguellou, *La loi ELAN : présentation rapide des dispositions sur le logement*, *RFDA*, 2019, p. 30.

<sup>4</sup> Articles 23, 24, 25, 88, 1999 et 221.

<sup>5</sup> Qu'il soit permis, à cet égard, de remercier notre collègue Christian Gentili pour avoir attiré notre attention sur quelques dispositions « masquées » de la loi, à forte incidence domaniale.

<sup>6</sup> V. à cet égard É. Carpentier, *La loi ELAN et les droits de préemption publics*, *RDI*, 2019, p. 72.

<sup>7</sup> V. notamment les articles L. 642-1 et L. 642-9 CCH modifiés par la loi. Sur le sujet, v. Ph. Nugue, *Loi ELAN : tour d'horizon des mesures intéressant les communes*, *AJCT*, 2019, p. 26.

<sup>8</sup> Loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, *JORF*, 19 janv. 2013, p. 1321, texte n° 1.

<sup>9</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JORF*, 24 mars 2014, p. 5809, texte n° 1.

autour des zones de confluence (et de turbulence) entre les deux matières<sup>10</sup>, là où certains grands auteurs les réunissaient autrefois dans le cadre de leurs manuels de droit administratif des biens<sup>11</sup>.

En maintenant le cap - moins ambitieux - sur le seul droit de la propriété publique, l'impact prédominant de la loi ELAN porte indéniablement sur la cession des biens publics, laquelle, à n'en pas douter, a constitué une fois encore le volet patrimonial public privilégié en faveur du logement<sup>12</sup>. C'est dès lors moins la « mobilisation » du foncier public - objectif antérieurement poursuivi par le législateur<sup>13</sup> - que sa « libération » qui a été recherchée par la présente loi. Plus globalement, c'est donc le périmètre de la propriété publique qui est affecté par celle-ci (**I**), la gestion et la protection des biens publics l'étant de manière plus accessoire, même si des évolutions majeures ressortent de quelques dispositions quasi-clandestines (**II**).

## **I. L'impact de la loi ELAN sur le périmètre de la propriété publique**

En mettant de côté le renforcement des droits de préemption publics, c'est à un rétrécissement du périmètre de la propriété publique que la loi ELAN encourage, le terme salvateur - et chargé d'ondes positives - de « libération » du foncier privilégié ne devant pas masquer la volonté prosaïque de dynamiser les cessions de biens publics, dès lors qu'elles sont mises au service de la politique du logement (**A**). De manière plus secondaire, l'article 176 de la loi ELAN vient acter la quasi-présomption irréfragable d'appartenance au réseau public d'électricité des colonnes montantes électriques (**B**).

### **A. La « libération » du foncier public**

La première salve de modifications issues de la loi ELAN a trait à la cession des biens publics, celle-ci venant apporter des modifications - alternativement substantielles ou cosmétiques - aux articles L. 3211-6 et suivants du CGPPP. Ces derniers ne peuvent être compris qu'au regard de l'article L. 3211-1 dudit code, lequel constitue la *lex generalis* en disposant que « lorsqu'ils ne sont plus utilisés par un service civil ou militaire de l'État ou un établissement public de l'État, les immeubles du domaine privé de l'État peuvent être vendus dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État ». Subordonnant la cession des biens du domaine privé de l'État à une condition d'inutilité, la disposition ne possède qu'un caractère contraignant relatif : si certains y ont vus « une règle d'incessibilité des immeubles du domaine privé de l'État qui continuent à être utilisés »<sup>14</sup>, l'emprise reste lâche, l'inutilité du bien public pouvant être le fruit du volontarisme public ; la disposition acte toutefois, par renvoi aux articles R. 3211-1 et suivants du CGPPP, le principe selon lequel les cessions des biens de l'État sont normalement précédées d'une procédure de publicité et de mise en concurrence opérée par adjudication publique ou à l'amiable. C'est donc au regard de cette *lex generalis* que les dispositions suivantes prennent leurs sens, soit qu'elles dérogent à la condition d'inutilité<sup>15</sup>, soit qu'elles

---

<sup>10</sup> V. toutefois, deux études aussi pionnières qu'isolées, v. É. Fatôme, A propos des rapports entre domaine public et droit de l'urbanisme, in *Mélanges Henri Jacquot*, P.U. Orléans, 2006, p. 209 ; M. Pâques, Affectation, urbanisme et domaine public, in *Mélanges Henri Jacquot*, préc., p. 431.

<sup>11</sup> Tel était le cas d'André de Laubadère dans le Tome II de son *Traité de droit administratif*, antérieur à 1986. V. sur cette question de « champ », J. Caillosse, Le « droit administratif des biens » constitue-t-il un champ juridique spécifique ?, in *Mélanges René Hostiou*, Litec, 2008, p. 85.

<sup>12</sup> Telle était la finalité première poursuivie par la loi du 18 janvier 2013 précitée. V. N. Foulquier et J.-Ph. Brouant, La mobilisation du foncier public en faveur du logement, *AJDA*, 2013, p. 617.

<sup>13</sup> Comme du reste le titre de son Chapitre 2 (Titre I<sup>er</sup>) le révèle.

<sup>14</sup> R. Leonetti, La cession des immeubles publics, *AJDA*, 2010, p. 2463.

<sup>15</sup> V. notamment l'article L. 3211-2 CGPPP au sujet des immeubles de bureaux encore utilisés.

renvoient à des modalités procédurales dérogatoires à la hausse ou à la baisse<sup>16</sup>, une échelle de cessibilité des biens publics restant à échafauder.

**Extension du champ de l'article L. 3211-6 CGPPP.** C'est aux interstices de ces dimensions que se love l'article L. 3211-6 CGPPP selon lequel, avant la loi ELAN, les immeubles bâtis et non bâtis pouvaient être cédés à l'amiable, « *en vue de la réalisation d'opérations d'aménagement ou de construction et pour les cessions réalisées dans les conditions prévues à l'article L. 3211-7 [CGPPP] lorsqu'elles comptent plus de 50 % de logements sociaux (...)* ». N'ayant donné lieu, à notre connaissance, à aucun contentieux, l'article L. 3211-6 CGPPP constitue le pivot de la mobilisation du foncier public en vue de la réalisation d'opérations d'urbanisme au sens large. En premier lieu, la disposition dialogue avec l'article L. 3211-24 CGPPP, relatif à « l'apport domanial », lequel favorise la circulation (souvent gratuite) « publique-publique »<sup>17</sup> des biens, dès lors que celle-ci a pour finalité la réalisation d'opérations d'aménagement ou de constructions. En deuxième lieu, l'article L. 3211-6 CGPPP constitue en lui-même la porte d'entrée de la disposition suivante (l'article L. 3211-7 CGPPP) prévoyant la faculté de déroger au principe d'incessibilité à vil prix lorsque les biens sont cédés, au moins partiellement, pour la réalisation de logements sociaux. En dernier lieu, dès lors que l'opération entrera dans les conditions matérielles de cette disposition, certaines modalités procédurales particulières seront exigibles.

- Si, classiquement, la cession sera consentie par le préfet ou le ministre chargé des domaines<sup>18</sup>, elle sera ici opérée à l'amiable et, la plupart du temps sans doute, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une publicité et mise en concurrence préalable. L'article R 3211-7 CGPPP prévoit expressément en son sein une dérogation propre à la cession des biens publics destinée à la réalisation de logements sociaux ; les autres dérogations qu'il contient paraissent suffisamment ouvertes par ailleurs pour englober cette hypothèse ; enfin, si l'aménageur a été sélectionné préalablement dans le cadre d'un contrat de la commande publique, il paraît légitime que la cession de biens publics nécessaire à l'opération soit opérée sans formalisme.
- Préalablement à de telles ventes néanmoins, il sera nécessaire au surplus de recueillir l'assentiment du ministre en charge du logement<sup>19</sup>.
- Enfin, et surtout, compte tenu des finalités propres de ces cessions (la construction de logements sociaux), un cahier des charges prévoyant les conditions d'utilisation de ces immeubles par le cessionnaire devra être annexé à la convention de cession ; ce cahier des charges devra obligatoirement fixer les conditions de résiliation en cas d'inexécution, par le cessionnaire, de ses obligations<sup>20</sup>. L'exigence se justifie pleinement (on serait d'ailleurs bien inspiré de l'étendre ailleurs) : ces cessions publiques étant - généralement - consenties à vil prix eu égard aux motifs d'intérêt général poursuivis, il convient de s'assurer que les contreparties d'intérêt général - tout à la fois suffisantes et proportionnées à l'avantage<sup>21</sup> -

---

<sup>16</sup> Comme s'agissant des forêts et bois appartenant à l'État lesquels ne peuvent être cédés qu'en vertu d'une loi dès lors qu'ils excèdent 150 hectares (CGPPP, art. L. 3211-5).

<sup>17</sup> V. N. Bettio, *La circulation des biens entre personnes publiques*, LGDJ, BDP, t. 265, 2011 ; R. Noguellou, *Les rapports domaniaux entre personnes publiques*, *RFDA*, 2006, p. 957 ; G. Bachelier, *Les transferts de propriété entre personnes publiques*, *JCP A*, 2006, n° 1249.

<sup>18</sup> CGPPP, art. R. 3211-6.

<sup>19</sup> CGPPP, art. R. 3211-11.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> CE, 14 oct. 2015, *Commune de Châtillon-sur-Seine*, *Rec.* 629 ; *BJCL*, 2015-12, p. 868, concl. B. Bohnert et p. 873, obs. B. Poujade ; *AJDA*, 2016, p. 1125, note N. Foulquier ; *Dr. adm.*, 2016, comm. 9, note G. Eveillard ; *JCP A*, 2016, n° 2031, comm. M. Cornille ; *Droit de la voirie*, janv.-févr. 2016, n°188, p. 21, comm. Ch. Otero

seront respectées par le cessionnaire, la décote consentie devant *in fine* permettre de diminuer d'autant le prix du logement social. Cette précision agit dans le prolongement de l'article L. 3211-7 CGPPP prévoyant que, lorsqu'une décote est attribuée sur le prix de vente d'un bien public, des « clauses de sauvegarde »<sup>22</sup> soient insérées dans le contrat de cession : faute de satisfaire les contreparties d'intérêt général justifiant la vente à vil prix, ces dernières autoriseront à ce que le cessionnaire rembourse la différence de prix consentie à l'initial par la personne publique<sup>23</sup>.

Ces précisions faites, la loi ELAN vient étendre le champ d'instrumentalisation de l'article L. 3211-6, en lui adjoignant un second alinéa selon lequel, désormais, « *les immeubles bâtis et non bâtis qui font partie du domaine privé de l'État peuvent être cédés pour contribuer à la mise en œuvre des opérations d'aménagement définies à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme dont la réalisation est prévue par un contrat de projet partenarial d'aménagement* ». La finalité des cessions publiques est désormais plus évasée, au gré du ralliement opéré ici à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme définissant les opérations d'aménagement et leurs (vastes et disparates) objets<sup>24</sup>. La libération du foncier public va donc désormais au-delà de la seule finalité de réalisation de logements sociaux. Toutefois, il n'en ira ainsi que si la cession prend cadre, d'une part, dans les finalités prévues par l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme et, d'autre part, si l'opération d'aménagement en question est elle-même prévue dans un « projet partenarial d'aménagement » (PPA). Sans entrer dans les détails de cette innovation majeure de la loi ELAN<sup>25</sup>, on précisera que ces derniers doivent permettre aux acteurs en présence (l'État d'un côté ; les EPCI, établissements publics territoriaux, métropoles ou ville de Paris de l'autre) de s'engager réciproquement sur un projet d'aménagement, en définissant les moyens financiers, humains et matériels nécessaires à sa réalisation. En guise de réflexion cursive, on pointera néanmoins le maintien de certains angles morts. À ce stade, la libération du foncier public est encouragée s'agissant des seuls biens de l'État, ceux des collectivités territoriales n'étant pas visés. Il n'est pas certain, pourtant, que de tels mécanismes incitatifs seraient de nature à contraindre le principe de la libre administration des collectivités territoriales. C'est d'autant plus paradoxal que, comme en atteste l'exemple du PPA, une pluralité d'acteurs publics sont mobilisés dans le cadre des opérations d'aménagement ; il est encore singulier de constater que le législateur a privilégié la structure intercommunale comme « collectivité - pilote » du PPA : si, sous un angle d'urbanisme opérationnel, cela se justifie certainement, le constat est moins favorable sous l'angle de la libération du foncier, la propriété publique intercommunale restant quantitativement marginale.

**Elargissement de la décote (article L. 3211-7 CGPPP).** C'est dans le sillage de celles affectant la disposition précédente que l'article L. 3211-7 CGPPP vient subir quelques modifications. On ne s'en étonnera guère, l'historique de la disposition témoignant du rythme (de croisière) soutenu quant aux retouches dont elle fait l'objet depuis son avènement, preuve du caractère « *politiquement*

---

<sup>22</sup> V. sur le sujet, H. de Gaudemar, Les clauses de sauvegarde de l'intérêt général dans les contrats portant sur le domaine privé, in G. Clamour (dir.), *Contrats et propriété publics*, LexisNexis, 2011, p. 156.

<sup>23</sup> V. par exemple CE, 7 juin 2006, n° 277562, *Asselin*, Rec. 456 ; *RJEP*, 2006, p. 355, concl. C. Devys ; *Contrat-marchés publ.*, 2006, comm. 332, note J.-P. Piétri ; CAA Nantes, 30 juin 2000, *Préfet de la Vendée*, n° 00NT00040.

<sup>24</sup> Aux termes de la nouvelle rédaction de l'article, il s'agit de toutes les actions et opérations ayant pour objets « *de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels* ».

<sup>25</sup> On renverra, pour davantage de détails, aux articles suivants : É. Carpentier, Loi ELAN : lecture panoramique des dispositions sur l'urbanisme (hors contentieux), *RFDA*, 2019, p. 21 ; S. Baillarguet, Le projet partenarial d'aménagement et la grande opération d'urbanisme, *RDI*, 2019, p. 145 ; Ph. Peynet, Le renouveau des outils d'aménagement avec la loi ELAN, *AJCT*, 2019, p. 20.

*sensible* »<sup>26</sup> du sujet qu'elle aborde. La disposition, rappelons-le, autorise l'État - et certains de ses établissements publics - à procéder à la vente à vil prix de terrains (bâties ou non) ressortant de son domaine privé, dès lors que cette cession a pour objet une opération de constructions comportant la réalisation de logements dont au moins une partie relèvera de logements sociaux. Dans cette hypothèse, l'article L. 3211-7 CGPPP met en place un système - particulièrement complexe - de décote venant grever le prix des terrains, celle-ci pouvant, en fonction de différents indicateurs, atteindre même 100 % prix initial. La décote est normalement facultative ; elle est toutefois « de droit » dans un certain nombre (croissant, depuis la loi ALUR<sup>27</sup>) d'hypothèses énumérées au paragraphe II de l'article, les paragraphes suivants évoquant, quant à eux, les modalités de contrôle destinées à s'assurer que la décote sera bien répercutée sur le prix de revient des logements locatifs sociaux (vendus ou loués), sans enrichir indûment les aménageurs privés. Trois modifications sommaires mais salutaires sont ainsi opérées au texte.

- D'abord, il sera possible de recourir à un tel mécanisme lorsque le programme de constructions comporte « majoritairement » des logements (dont une partie, au moins, de logement sociaux). Jusqu'alors, il fallait que la part des logements soit « essentielle » dans le projet, l'article R 3211-14 CGPPP retenait que, pour satisfaire à cette condition, 75 % de la surface plancher du projet soit affecté à des logements. Le curseur est désormais plus lâche : ce seuil tombera à 50 % demain, lorsque les dispositions d'application de la loi paraîtront<sup>28</sup>. Comme le mettait en avant l'étude d'impact, ce seuil apparaissait trop élevé et entravait le système de décote favorisant la conduite de programmes de construction ; l'exigence de mixité sociale mais aussi fonctionnelle (logements, commerces et bureaux devant cohabiter) justifierait encore cet abaissement du seuil<sup>29</sup>.
- Cette volonté d'assouplissement se retrouve dans la seconde modification, l'article 23 de la loi ELAN venant toiletter le paragraphe V de l'article L. 3211-7. En temps normal, la réalisation des projets donnant lieu à décote doit être opérée dans un délai maximal de cinq ans ; le paragraphe V autorisait toutefois à déroger à ce délai pour les cessions de terrains s'inscrivant dans une opération (échelonnée dans le temps) d'aménagement de cinq hectares ou plus. La référence faite à cette superficie minimale est désormais supprimée ; il est toutefois ajouté dans cette hypothèse que, si l'opération bénéficiant de la décote peut toujours être échelonnée dans le temps, la première tranche de l'opération devra nécessairement intervenir dans un délai maximal de cinq ans. De fait, comme le relève l'étude d'impact, il aurait été contradictoire de supprimer toute référence à ce délai : les retards de constructions auraient été susceptibles d'enfler, « en contradiction avec la volonté de susciter un choc de l'offre »<sup>30</sup>.
- En dernier lieu, la loi ELAN vient ajouter une hypothèse où il sera loisible de pratiquer une décote sur le prix de cession : aux côtés des logements sociaux, des aires d'accueil des gens du voyage ou des logements en accession sociale, les logements financés par le biais d'un bail réel solidaire pourront désormais en bénéficier, la décote étant toutefois, dans cette hypothèse, plafonnée à 50 % maximum de la valeur vénale du bien public cédé<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> V. F. Brenet, C. Chamard-Heim, F. Melleray et Ph. Yolka, *Code général de la propriété des personnes publiques annoté et commenté*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2018, p. 586.

<sup>27</sup> V. notamment, sur ce point Ph. Billet, *Loi ALUR et urbanisme opérationnel*, *JCP A*, 2014, n° 2257.

<sup>28</sup> Selon le dossier législatif paru sur Légifrance le 26 février 2019 (*JCP A*, 2019, act. 162), les décrets d'application devraient être adoptés courant mai 2019.

<sup>29</sup> V. étude d'impact, p. 43 et s.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> V. art. R. 3211-5 CGPPP.

**Disparition du droit de priorité de la Foncière publique solidaire (ex-article L. 3211-7-1 CGPPP).** La disparition du droit de priorité dont bénéficiait la Foncière publique solidaire (FPS), filiale commune de la Caisse des dépôts et consignations et de l'État (*via* la prise de participation de la SOVAFIM), a été actée en fin de parcours législatif par un amendement gouvernemental<sup>32</sup> dont l'article 24 de la loi ELAN a au final conservé les orientations. Le législateur vient ici défaire un ouvrage qu'il avait lui-même tissé voilà un an et demi. Par la loi du 28 février 2017<sup>33</sup>, actant la création de cette FPS, l'article L. 3211-7-1 CGPPP avait en effet conféré à cette structure un droit de priorité sur tout projet de cession d'actifs immobiliers d'une superficie de plus de 5 000 m<sup>2</sup> appartenant à l'État, et destiné à la réalisation de logements sociaux ; ce droit de priorité n'en restait pas moins supplétif par rapport à ceux dont disposaient, au premier chef, les communes et établissements publics locaux dans le cadre de l'article L. 240-1 du Code de l'urbanisme. Il est aujourd'hui supprimé, tout autant que le paragraphe V bis de l'article L. 3211-7 CGPPP faisant référence à la cession à titre onéreux (mais par voie préférentielle, seul un versement d'acompte de 40 % étant exigible) de certains biens du domaine privé à son profit. De même, la mention à cette FPS disparaît de l'article 141 de la loi de finance rectificative pour 2006 établissant les missions de la SOVAFIM (actionnaire de la FPS) et les biens qu'il lui appartient de valoriser ; on en revient, ce faisant, presque à la mouture originelle de la disposition. Cette disparition s'explique par la volonté, énoncée durant les débats parlementaires par l'ex-ministre Jacques Mézard, de réorienter les activités de la FPS, celles-ci n'ayant guère été couronnées de succès. Il est prévu, à cette fin, que la Caisse des dépôts et consignations devienne l'unique actionnaire de la FPS pour faire évoluer sa mission au service des bailleurs sociaux. La SOVAFIM devrait donc bientôt perdre l'un de ses bras armés, ce que d'aucuns pourront mettre au passif - déjà chargé - de cette société dont le maintien a été critiqué de manière itérative par la Cour des comptes<sup>34</sup>. De fait, sa réorientation en « foncière publique » vient, par ce biais, de subir un net coup d'arrêt.

**Retouches portant sur l'article L. 5142-2 CGPPP.** De manière plus anecdotique enfin, la loi ELAN vient clarifier les bénéficiaires de cessions gratuites d'immeubles domaniaux en Guyane, en vue de la constitution de réserves foncières. Il est désormais spécifié que l'ensemble des collectivités de Guyane, leurs groupements mais aussi l'établissement public foncier et d'aménagement de la Guyane<sup>35</sup> en sont des attributaires potentiels. La disposition a déjà fait l'objet de contentieux, y compris récemment<sup>36</sup>, au sujet notamment de la finalité propre de ce mécanisme, à savoir la constitution de réserves foncières. Dans ce cadre, le Conseil d'État a opté en faveur d'une obligation lâche, considérant que la personne publique bénéficiaire n'était pas tenue de définir au moment de la cession (gratuite) les caractéristiques précises du projet en vue duquel il constitue cette réserve, ni sa date de réalisation ; elle se doit en revanche, dès ce stade, d'indiquer un projet d'action ou d'opération d'aménagement entrant dans les objets mentionnés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme<sup>37</sup>. On précisera que ce transfert gratuit n'a rien d'automatique ; il doit être

---

<sup>32</sup> V., sur le site du Sénat, la discussion relative à l'article 7 de la loi et à l'amendement gouvernemental n° 777 présentée par le gouvernement (séance du 15 juillet 2018).

<sup>33</sup> L. n° 2017-257 du 28 février 2017, relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain, *JORF*, 1<sup>er</sup> mars 2017, texte n° 2 ; *JCP A*, 2017, n° 37, p. 25, étude F. Jourdan et A. Monin ; p. 13, étude X. Prétot. V. surtout N. Gonzalez - Gharbi, Un nouveau bénéficiaire des cessions exonérées : la société foncière solidaire, *Constr- Urb.*, 2017, comm. 125.

<sup>34</sup> V. Cour des comptes, rapport annuel 2011 (*La SOVAFIM : un intervenant sans utilité réelle*), p. 635 ; Cour des comptes, rapport annuel 2014 (*SOVAFIM : un réexamen indispensable*), pp. 349-374.

<sup>35</sup> C. urb. ; art. L. 321-36-1.

<sup>36</sup> V. CAA Bordeaux, 26 avr. 2018, n° 16BX02019, *Mme A.*, inédit ; CAA Bordeaux, 18 déc. 2014, n° 13BX00302, inédit.

<sup>37</sup> CE, 24 oct. 2014, *SCI Colibri*, n° 366994, *Leb. T.* ; *Dr. adm.*, 2015, comm. 6 note J.-F. Giacuzzo ; *Contrats-Marchés publ.*, 2015, chron. 3, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

précédé, quoi qu'il en soit, d'une demande expresse à l'État, la jurisprudence ayant précisé qu'une simple délibération du conseil municipal en ce sens n'en constituait pas une<sup>38</sup>.

### **B. L'abandon des colonnes montantes**

L'article 176 de la loi ELAN mérite une attention toute particulière, venant clarifier l'appartenance des colonnes montantes électriques (on en dénombrait plus d'un million et demi sur le territoire)<sup>39</sup>. Leur statut est, depuis longtemps, source de complexité : initialement attribuées aux propriétaires (ou copropriétaires) des immeubles (par la voie de l'accession, en tant qu'immeubles par incorporation), la plupart ont néanmoins été intégrées au fil du temps aux concessions électriques par « abandon » (le terme étant impropre puisqu'il s'agit, ni plus ni moins, que d'un transfert de propriété<sup>40</sup>), le décret du 8 novembre 1946<sup>41</sup> posant une présomption en ce sens, du reste favorablement interprétée par le juge judiciaire<sup>42</sup>. Leur appropriation demeurerait cependant incertaine dans certains cas, celle-ci cachant des enjeux non négligeables, notamment quant à la détermination du titulaire de la charge de leur entretien et/ou renouvellement ; s'est posée entre autres, devant le juge administratif, la question de leur remise en état obligatoire, préalable à tout « abandon » au concessionnaire<sup>43</sup>.

Le premier mérite de la loi ELAN réside dans la définition de la consistance de ces colonnes montantes, désormais établie par l'article L. 346-1 du code de l'énergie<sup>44</sup>. Le second réside dans la clarification de leur appropriation, au gré des nouveaux articles L. 346-2 et L. 346-3 du même code. Précisons, au préalable, que ces dispositions ne portent que sur les immeubles à usage principal d'habitation ce qui, au sujet des personnes publiques, concernera donc principalement les offices publics HLM (OPHLM) ; par la négative, c'est dire que les immeubles de bureaux des personnes publiques – intégrés au domaine privé<sup>45</sup> – ne sont pas concernés. L'article L. 346-3 vient fermement acter l'appartenance des colonnes montantes mises en service après la loi au réseau public d'électricité. Pour celles (l'immense majorité) mises en service avant la publication de la loi, l'article L. 346-2 consacre la même solution tout en ouvrant un cadre dérogatoire durant deux ans. Pendant ce délai, les (co)propriétaires pourront tout d'abord notifier au gestionnaire du réseau l'acceptation du transfert de ces biens (si tant est que leur propriété soit établie), ce dernier ne pouvant ni s'y opposer, ni réclamer une quelconque contrepartie ; ils pourront toutefois revendiquer également la propriété de ces ouvrages, sauf à ce qu'il soit démontré leur incorporation antérieure au réseau public de distribution d'électricité. En pratique, les propriétaires publics auront *a priori* tout intérêt à préférer la première alternative, le transfert de propriété s'accompagnant du transfert corrélatif

---

<sup>38</sup> CAA Bordeaux, 18 déc. 2014, n° 13BX00302, préc.

<sup>39</sup> V. F. de La Vaissière, La loi ELAN et les colonnes montantes électriques, *AJDI*, 2019, p. 51.

<sup>40</sup> Sur ce point notamment et pour un développement substantiel de la problématique, v. B. Schmaltz, La délicate incorporation des colonnes montantes aux concessions électriques, *AJDA*, 2017, p. 332.

<sup>41</sup> D. n° 46-2503 du 8 novembre 1946 relatif aux colonnes montantes d'électricité, *JORF*, 13 nov. 1946, p. 9576.

<sup>42</sup> V., P. Sablière, Les colonnes montantes d'électricité sont présumées faire partie du réseau public de distribution, *AJDI*, 2018, p. 367.

<sup>43</sup> La Cour administrative d'appel de Douai a récemment privilégié une solution favorable aux expropriétaires publics (OPHLM) en rejetant les prétentions en ce sens du concessionnaire (CAA Douai, 29 juin 2017, n° 15DA00675, *Sté Enedis* ; *AJDA*, 2017, p. 2317, note B. Schmaltz). Depuis lors, des tribunaux administratifs ont suivi cette voie (TA Bordeaux, 3 juill. 2017, n° 1504269 ; TA Clermont-Ferrand, 2 déc. 2017, n° 1502074).

<sup>44</sup> « La colonne montante électrique désigne l'ensemble des ouvrages électriques situés en aval du coupe-circuit principal nécessaires au raccordement au réseau public de distribution d'électricité des différents consommateurs ou producteurs situés au sein d'un même immeuble ou de bâtiments séparés construits sur une même parcelle cadastrale, à l'exception des dispositifs de comptage ».

<sup>45</sup> CGPPP, art. L. 2211-1.



de la charge d'entretien... même si, indirectement, le montant de cette charge sera naturellement répercuté sur le prix des abonnements souscrits par les propriétaires publics.

## II. L'impact de la loi ELAN sur la gestion et la protection des biens publics

Accessoires en comparaison du volet précédent, les dispositions de la loi ELAN affectant la gestion et la protection des biens publics ne doivent pas être négligées, leur importance étant inversement proportionnelle à leur nombre. D'une part, le principe d'insaisissabilité des biens publics se voit désormais infléchi (A) ; d'autre part, une nouvelle entorse au principe de sélection transparente et préalable des titres d'occupation privative du domaine public vient naître (B).

### A. L'inflexion du principe d'insaisissabilité des biens publics

Passée assez inaperçue à ce stade, l'évolution au fond la plus saisissante (sans mauvais jeu de mots) – au moins sur un plan théorique - de la loi ELAN résulte de la rédaction d'un nouvel article L. 421-4-1 au Code de la construction et de l'habitation (CCH) disposant que « *les offices publics de l'habitat peuvent accorder des sûretés réelles mobilières dès lors que cela est susceptible de faciliter leur action dans le cadre de la réglementation des habitations à loyer modéré* ». Par cette disposition d'apparence anodine, c'est rien de moins qu'un « *dogme* »<sup>46</sup> - certes vacillant - du droit public qui vient d'être entaillé : le principe d'insaisissabilité des biens publics. Il n'appartient pas au présent article de retracer en détail l'histoire tumultueuse de ce dernier ; on se contentera dès lors d'en rappeler les traits saillants. S'il peut se réclamer de fondements anciens<sup>47</sup>, c'est à la période révolutionnaire qu'il éclot<sup>48</sup>. Par suite, il subira quelques assauts dans l'immédiate après-guerre (la 2<sup>de</sup>) puis au détour des années 1980<sup>49</sup>, dont il ressortira finalement indemne, d'abord *via* sa consécration en principe général du droit<sup>50</sup>, puis par sa reprise législative au sein du CGPPP<sup>51</sup>. Depuis lors, il est coutume de caractériser sa portée et ses conséquences absolutistes par quelques énonciations simples ; de fait, le principe « *ne porte pas (...) à la nuance* »<sup>52</sup>. En premier lieu, tous les biens de toutes les personnes publiques sont insaisissables, l'insaisissabilité (attachée aux biens) se muant dès lors en immunité (attachée à la personne)<sup>53</sup>. En second lieu, les personnes publiques ne sont pas soumises aux voies d'exécution du droit commun ; elles suivent ce faisant les « *voies d'exécution administratives* »<sup>54</sup> issues de la loi du 16 juillet 1980<sup>55</sup>.

---

<sup>46</sup> B. Pacteau, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 déc. 1987, *BRGM c/ Lloyd Continental, RFDA*, 1988, p. 771.

<sup>47</sup> On cite généralement pour l'État l'article 3 de la loi des 16 et 24 août 1790, l'article 9 Titre II du décret du 22 août 1791. S'agissant des collectivités territoriales, on cite notamment l'article 9 de l'arrêté du 19 ventôse an X. Sur ces fondements, v. Ph. Yolka, *Protection des propriétés publiques – régime général*, *J.-Cl. Propriétés publiques*, fasc. 60, 2016, § 34 et s.

<sup>48</sup> T. cass., 16 thermidor an X, Metz ; S., 1791-an XII, p. 677 ; Cass., 31 mars 1819, *Enregistrement c/ Joussetin ; S.*, 1819-1821, p. 51 ; Cass. civ., 5 mai 1885, *Caratier-Terrasson ; S.*, 1886, 1, p. 353, note Chavegrin

<sup>49</sup> Pour un résumé, nous renvoyons à Ph. Yolka, *Protection des propriétés publiques – régime général*, préc., spéc. § 57-58.

<sup>50</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 déc. 1987, *BRGM ; CJEG*, 1988, p. 107, note L. Richer ; *Gaz. Pal.*, 1988, 2, p. 685, note P. Véron ; *JCP G*, 1989, II, 21183, note B. Nicod ; *RFDA*, 1988, p. 771, concl. L. Charbonnier et note B. Pacteau ; *RTD civ.*, 1989, p. 145, note R. Perrot.

<sup>51</sup> CGPPP, art. L. 2311-1.

<sup>52</sup> H. Moysan, note sur Cass. civ., 15 nov. 1995, *Cusset c/ CRAVAM ; Dr. adm.*, 1996, comm. 11.

<sup>53</sup> V. notamment Ch. Gentili, *Immunités en droit interne*, *J.-Cl. Voies d'exécution*, fasc. 495, mars 2018.

<sup>54</sup> Selon l'expression empruntée au commissaire du gouvernement Teissier (concl. sur C.E., 17 juin 1904, *Commission administrative de l'hospice du Saint-Esprit ; S.*, 1906, 3, p. 119).

<sup>55</sup> L. n° 80-539 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, *JORF*, 17 juill. 1980, p. 1799.

C'est précisément ces deux assertions que la loi ELAN remet en cause. Du texte, il ressort en effet que les offices publics de l'habitat – EPIC, en vertu de la loi<sup>56</sup> – pourront désormais constituer des sûretés réelles mobilières. Quoique le Code civil ne soit pas exhaustif<sup>57</sup>, son article 2269 en énumère les diverses formes : les privilèges mobiliers ; le gage de meubles corporels ; le nantissement de meubles incorporels ; la propriété retenue ou cédée à titre de garantie. Vraisemblablement, les sûretés mobilières constituées par les offices publics de l'habitat devraient prendre la forme de gages d'espèce<sup>58</sup> ou de créances privilégiées (portant, par exemple, sur les loyers qu'ils perçoivent)<sup>59</sup>. Le nouvel article L. 421-4-1 CCH vient toutefois préciser que les offices ne pourront consentir de sûretés mobilières générales - c'est-à-dire portant sur l'ensemble de leurs biens meubles -, conformément à la faculté ouverte par l'article 2330 du code civil. En second lieu, comme pour mieux enfoncer le clou, le texte retient la soumission des offices publics de l'habitat aux règles issues du code des procédures civiles d'exécution. Plus précisément, ces derniers pourront faire l'objet de saisies-attributions<sup>60</sup> et de mesures conservatoires<sup>61</sup> dans les conditions de droit commun.

Il n'y a probablement pas lieu de s'émouvoir outre mesure de cette évolution sur le fond. Nul n'ignore combien, depuis longtemps, le principe d'insaisissabilité est vilipendé par la doctrine<sup>62</sup>. Ses fondements n'ont, tout d'abord, jamais vraiment convaincu, qu'on mette en avant le monopole de la contrainte légitime, la protection des finances publiques ou la solvabilité et la bonne foi de l'Administration<sup>63</sup>. C'est toutefois au stade de ses conséquences que le principe a été le plus décrié : par effets induits, il met tout d'abord en péril l'application complète, effective et diligente des décisions de justice, la Cour européenne des droits de l'Homme s'en étant émue<sup>64</sup>. Il altère en outre la faculté pour les personnes publiques de consentir des sûretés réelles (hypothèques, nantissement, gages) et, ce faisant, d'accéder à des leviers de financement classiques ; c'est du reste explicitement le renversement de cette impossibilité que les parlementaires auteurs de l'amendement entendent rechercher par cette mutation<sup>65</sup>. Tout le paradoxe réside dans la réversibilité de cette – prétendue – sujétion puisque, en sens inverse, on sait que les juridictions de l'Union européenne y voient l'origine d'un avantage concurrentiel, tenant à l'existence d'une garantie implicite illimitée constitutive d'une aide d'État<sup>66</sup>.

---

<sup>56</sup> CCH, art. L. 421-1.

<sup>57</sup> V. à cet égard, pour un panorama complet des sûretés mobilières, V. Brémond, Sûretés mobilières – Énumération, *J.-Cl. Code civil - art. 2329*, mars 2016.

<sup>58</sup> Il se matérialise par la remise au créancier, pour le garantir de sa créance, d'une somme d'argent que ce dernier ne restituera qu'en cas de dénouement positif du crédit. Sur le droit de gage de droit commun, v. C. civ., art. 2333 et s.

<sup>59</sup> C. civ., art. 2332 et s.

<sup>60</sup> C. proc. civ. ex. ; art. L. 211-1 à L. 211-5.

<sup>61</sup> C. proc. civ. ex. ; art. L. 511-1 et L. 511-2.

<sup>62</sup> Pour quelques études : Ph. Yolka, L'insaisissabilité des biens publics à l'épreuve de l'internationalisation du droit : *JCP A*, 2012, act. 104 ; L'insaisissabilité des biens publics (regards sur un mouvement immobile), *JCP A*, 2007, n° 2307 ; F. Blanc, L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution, *RDP*, 2009, p. 1553 ; Y. Gaudemet, Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques, *RJEP*, 2007, p. 285.

<sup>63</sup> V. Ch. Roux, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, BDP, t. 290, 2015, § 1059 à 1069.

<sup>64</sup> V. notamment CEDH., 26 sept. 2006, *Société de gestion du port de Campoloro*, n° 57516/00 ; *AJDA*, 2006, p. 1752, note M. Aubert ; *D.*, 2007, p. 545, note C. Hugon. ; *Revue du Trésor*, 2007, p. 587, note P. Mouzet ; *Gaz. Pal.*, 25 mars 2007, p. 32, note D. Linotte.

<sup>65</sup> Selon l'exposé sommaire de l'amendement n° CE 1743 : « Faute de pouvoir accorder de telles sûretés à leurs partenaires financiers, les offices ne peuvent accéder à certaines opérations financières. On pense par exemple aux prêts nécessitant la constitution d'un gage espèce, lesquels rendent possible un levier financier ».

<sup>66</sup> V. en dernier lieu CJUE, 19 sept. 2018, *Commission c/ République française et IFP*, C-438/16 P ; *JCP A*, 8 oct. 2018, act. 765 ; *AJDA*, 2018, p. 1251, obs. E. Maupin. ; *AJDA*, 2018, p. 2287, chron. Ph. Bonneville, F.

Il n'y a probablement pas lieu de s'émouvoir davantage de cette évolution sur un plan pragmatique. L'entaille aujourd'hui opérée au principe reste relative en n'autorisant « que » la constitution de sûretés mobilières. On peut, du reste, douter du caractère véritablement novateur de cette faculté : aujourd'hui encore, l'article L. 424-17 CCH prévoit la soumission alternative des offices publics de l'habitat à la comptabilité publique ou privée. Or, dès lors que ces derniers auraient opté pour les règles de gestion financière et comptable « applicables aux entreprises de commerce », l'article L. 421-21 du même code écarte expressément l'application à ces derniers de l'article L. 1612-7 CGCT... prévoyant la mise en œuvre de la procédure de mandatement d'office issue de la loi du 16 juillet 1980 (CJA ; art. L. 911-1 et s.). Au fond, résideraient-ci les réminiscences de la (seconde<sup>67</sup>) grande querelle des années 1980 relatives à l'insaisissabilité des biens publics, où certains tribunaux judiciaires avaient admis la saisie potentielle de biens publics en fonction de la présence ou de l'absence de comptables publics au sein des EPIC.

C'est du reste probablement sous cet angle théorique et prospectif que l'évolution – pour autant, donc, qu'elle le soit – suscitera l'intérêt. D'abord, en ce qu'elle porte sur des EPIC, au sujet desquels l'application du principe d'insaisissabilité a fait couler le plus d'encre. Ensuite, en ce qu'elle vient valider les doutes d'une partie de la doctrine quant à l'impossibilité de constituer des sûretés mobilières sur les biens du domaine privé, dès lors au moins qu'ils ne sont pas affectés à une utilité publique<sup>68</sup>. De fait, il est fort peu probable que, demain, les sûretés réelles mobilières des offices publics de l'habitat portent sur autres choses ; on pourrait d'ailleurs se demander – au sujet du gage d'espèce – s'il est si certain que des sommes d'argent constituent des « biens publics », l'appropriation publique de la monnaie étant par exemple source de discussions<sup>69</sup>. Reste à se demander si tous les garde-fous ont bel et bien été prévus : dans l'exposé sommaire de l'amendement, ses auteurs faisant valoir que, en n'étant pas générales, les sûretés mobilières consenties ne pouvaient porter atteinte au principe de continuité du service public. Il n'y a certes pas lieu, *in concreto*, d'en douter ; toutefois, l'absence de gage général n'a pas pour effet, *in abstracto et ipso facto*, de préserver cette exigence. Reste enfin, dans une visée prospective, à savoir si l'évolution ne formera qu'une page bien isolée dans l'épais dossier (à charge) de l'insaisissabilité, ou le début d'un chapitre de dérogations à venir. L'histoire ne le dit pas (encore).

### ***B. La dérogation au principe de sélection transparente des titres d'occupation privative du domaine public***

La loi ELAN emporte, au plan général, un impact significatif sur la gestion des biens publics, tout au moins ceux ressortant du domaine privé. Celle-ci vient rénover d'une part le régime des baux d'habitation<sup>70</sup> et, d'autre part – mais moins intensément –, celui des baux commerciaux<sup>71</sup>, dont on rappellera qu'ils demeurent rétifs à la domanialité publique<sup>72</sup>. On pourrait encore s'attarder sur la recomposition du secteur du logement social, la concentration des acteurs étant fortement encouragée par la loi, celle-ci étant susceptible de concerner les offices de l'habitat, publics comme

---

Broussy, E. Cassagnabère et Ch. Gänser ; *RLC*, nov. 2018, n° 77, p. 11 ; *Europe*, 2018, comm. 428, note L. Idot. ; *AJDA*, 2018, p. 2484, chron. S. Nicinski ; *Dr. adm.*, 2018, repère 10, obs. B. Plessix ; *Dr. adm.*, 2018, comm. 57, note R. Lanneau.

<sup>67</sup> V. entre autres décisions CA Paris, 11 juill. 1984 ; *RFDA*, 1985, p. 85 ; *Gaz. Pal.*, 1984, 2, doct. p. 565, étude Y. Gaudemet ; *D.*, 1985, J, p. 174, note R. Denoix de Saint-Marc ; *Gaz. Pal.*, 14 août 1986, doct., p. 474, chron. R. Ducos-Ader ; *D.*, 1986, I, 3236, étude P. Amselek.

<sup>68</sup> Ph. Yolka, Protection des propriétés publiques – régime général, préc., spéc. § 117.

<sup>69</sup>

<sup>70</sup> V. N. Damas, La loi ELAN et les baux d'habitation, *AJDI*, 2019, p. 26.

<sup>71</sup> V. J.-P. Blatter, La loi ELAN et le bail commercial, *AJDI*, 2019, p. 38.

<sup>72</sup> CE, 23 janv. 1976, *Kergo*, n° 97342 ; *GDDAB*, Dalloz, 2018, 3<sup>e</sup> éd., p. 551, note Ph. Yolka.

privés<sup>73</sup>. En mettant de côté ces aspects, l'innovation domaniale majeure de la loi ELAN dans ce cadre résulte de l'insertion d'une nouvelle dérogation au principe de sélection transparente préalable à la délivrance des titres privatifs d'occupation du domaine public.

Depuis l'ordonnance du 19 avril 2017<sup>74</sup>, nul n'ignore que le droit interne a enfin succombé à l'influence du droit de l'Union européenne<sup>75</sup>, en prévoyant la mise en œuvre d'une procédure « *de sélection* » transparente préalable à la dévolution de certains titres privatifs d'occupation domaniale. De fait, et quoi qu'il soit permis de le regretter, l'ordonnance ne possède qu'un champ restreint, seuls les biens ressortant du domaine public étant concernés d'une part et, parmi eux d'autre part, seuls ceux nécessaires à l'exploitation d'une activité économique<sup>76</sup>. À ce champ restreint s'ajoute, depuis l'origine, une série de dérogations contenues respectivement aux articles L. 2122-1-2 et L. 2122-1-3 CGPPP, la césure en deux dispositions distinctes s'expliquant par le fait que les instrumentalisation des dérogations ressortant du second doit être motivée, contrairement à celles ressortant du second. C'est dans ce cadre que le chapitre VIII de la loi ELAN, dans son volet « numérique », mérite l'attention, en créant (*via* son article 221) un nouvel article L. 2121-1-3-1 CGPPP, selon lequel « *l'article L. 2122-1-1 n'est pas applicable lorsque le titre d'occupation est destiné à l'installation et à l'exploitation d'un réseau de communications électroniques ouvert au public* ».

Cette nouvelle dérogation à l'application des règles de transparence vient donc enrichir un plateau déjà copieux. Si le législateur est prodigue en ce domaine, au moins pourra-t-on ici - au-delà de la finalité poursuivie par la loi - mettre en avant la pertinence et la mise en cohérence du droit positif. En premier lieu, on voit mal comment, eu égard à la récurrence des demandes de titres privatifs à cette fin, les autorités gestionnaires auraient pu effectivement procéder à de telles procédures de publicité et de mise en concurrence préalables. En second lieu, le code des postes et communications électroniques (CPCE) reconnaît un « quasi-droit » à occupation domaniale au profit des exploitants de réseaux ouverts au public, dont les réseaux de communications électroniques - définis par l'article L. 32 CPCE<sup>77</sup> - font évidemment partie. L'existence d'un tel droit se conjuguerait dès lors difficilement avec l'existence d'une procédure de sélection préalable, que celui-ci porte sur le domaine public routier (sous la forme d'un « droit de passage »<sup>78</sup>) ou non routier, même si, dans cette dernière hypothèse, il sera toujours possible de refuser l'occupation eu égard à la seule incompatibilité avec l'affectation ou les capacités existantes<sup>79</sup>. À charge, il sera

---

<sup>73</sup> V. notamment B. Wertenschlag, La loi ELAN et le logement social, *AJDI*, 2019, p. 12.

<sup>74</sup> Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, *JORF*, 20 avr. 2017, texte n° 8 ; *Defrénois*, 2017, n° 24, p. 13, étude J.-Ph. Borel ; *RDI*, 2018, n° 1, p. 8, étude S. Braconnier ; *BJCP* 2017, n° 113, p. 205, étude G. Clamour ; *Constitutions*, 2017, n° 3, p. 421, étude J.-F. Giacuzzo ; *JCP A*, 2017, n° 2122, étude Ph. Hansen ; *JCP G*, 2017, n° 1000, étude N. Lenoir ; *AJDA*, 2017, p. 1606, étude Ch. Maugué et Ph. Terneyre ; *Dr. adm.*, 2017, étude 10, étude Ch. Roux ; *RFDA*, 2017, p. 705, étude J.-G. Sorbara ; *AJCT*, 2017, pp. 479-497, Dossier spécial.

<sup>75</sup> CJUE, 14 juill. 2016, *Promoimpresa Srl*, C-458/14 et *Mario Melis*, C-67-15 ; *AJDA*, 2017, p. 2176, obs. R. Noguellou et p. 2478, obs. S. Nicinski ; *BJCP*, 2017, n° 110, p. 36, obs. Ph. Terneyre ; *AJCT*, 2017, p. 109, obs. O. Didriche ; *Mon. CP*, 2016, n° 169, p. 50, obs. Ph. Proot ; *DMF*, 2017, p. 1279, note M. Morin ; *Concurrences*, 2017-1, p. 220, note B. du Marais ; *RTD com.*, 2017, p. 51, note F. Lombard ; *Contrats-marchés publ.*, 2016, repère 11, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

<sup>76</sup> CGPPP, art. L. 2122-1-1.

<sup>77</sup> « *On entend par réseau de communications électroniques toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage. Sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques : les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle* ».

<sup>78</sup> CPCE, art. L. 45-9.

<sup>79</sup> CPCE, art. L. 46.

permis de regretter la rédaction d'une dérogation que d'autres, déjà existantes, auraient peut-être permis d'accueillir. Ainsi, notamment, de celle contenue à l'article L. 2122-1-3, 4°, selon laquelle il est possible de déroger à l'obligation de transparence préalable « *lorsque les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projeté* ». De même, pourrait sans doute prospérer régulièrement la dérogation fondée sur la courte durée de l'occupation<sup>80</sup>, l'intervention sur les réseaux électroniques ne nécessitant pas, généralement, une occupation privative de longue durée. Le législateur a sans doute préféré couper court aux spéculations ; en détournant Boileau, on pourra dire que ce qui se reçoit bien se communique clairement (à moins que ce ne soit l'inverse...). Reste à espérer que, dans le futur, le législateur ne se montre pas plus prolix qu'il ne l'est déjà en la matière, les dérogations au champ d'application de l'obligation de transparence apparaissant déjà bien nombreuses.

**Christophe ROUX**

Professeur de droit public

Université Lumière v- Lyon 2

Équipe de droit public de Lyon (EA 666)

---

<sup>80</sup> CGPPP, art. L. 2122-1-1, alinéa 2.