

L'absence de concurrence constitue un motif d'intérêt général justifiant la renonciation de la personne publique à conclure un contrat

[CE 17 septembre 2018 Société Le Pagus, req. n° 407099, mentionné aux tables du Rec. CE](#)

Contexte de la décision

Titulaire d'une concession de plage consentie par l'Etat depuis 1991, la commune de Fréjus a souhaité renouveler une délégation de service public portant sur l'aménagement et l'exploitation des lots composant cette plage. La société *Le Pagus*, déjà titulaire du lot n° 5, s'est de nouveau portée candidate à l'attribution de ce lot et a remis une offre. Toutefois, par une délibération du 26 novembre 2009, la commune a déclaré la procédure infructueuse en raison de l'insuffisance de concurrence et du caractère incomplet de l'offre déposée par la seule société *Le Pagus*. Elle a ensuite lancé une seconde consultation à l'issue de laquelle le contrat portant sur le lot n° 5 a finalement été attribué à une autre société.

La société *Le Pagus* avait initié un premier contentieux en contestant la légalité de la délibération du conseil municipal ayant déclaré la procédure infructueuse ; son recours avait été accueilli et la délibération annulée en première instance puis en appel.

Dans un second contentieux, qui a donné lieu à la décision

commenté, elle a tenté d'obtenir réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction des deux consultations successives. Ses demandes ont été rejetées tant par le tribunal administratif de Toulon que par la cour administrative de Marseille. Elle s'est alors pourvue en cassation devant le Conseil d'Etat qui, aux termes de la décision commentée, rejette son pourvoi.

Rappel des principes d'indemnisation du candidat en cas d'éviction irrégulière

En présence d'un recours indemnitaire, la Haute Juridiction rappelle tout d'abord la jurisprudence de principe selon laquelle l'examen du droit à indemnisation s'articule autour de l'existence de chances qu'avait le candidat de remporter le contrat :

« Considérant, d'une part, que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat, il appartient au juge de vérifier d'abord si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat ; que, dans l'affirmative, il n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient, d'autre part, de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat ; que, dans un tel cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique » ((v. [CE 18 juin 2003 Société Biwater et société Aqua TP, req. n° 249630](#). Il s'agit là d'une exigence de « lien direct de causalité entre l'irrégularité de la procédure et le préjudice », voir également [CE 10 février 2017 Société Bancel, req. n° 393720](#).)).

Elle reprend également la précision apportée quelques années auparavant selon laquelle « *le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général* » ((v. [CE 19 décembre 2012, req. n° 355139.](#))). C'est sur ce point que s'est cristallisé une grande partie du débat de cassation.

D'utiles précisions sur la déclaration d'infructuosité et la renonciation à conclure

Pour rejeter le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'appel en tant qu'il a rejeté ses conclusions indemnitaires présentées au titre de son éviction de la première procédure, le Conseil d'Etat suit ici un raisonnement en trois temps.

En premier lieu, il écarte un premier moyen tiré de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision définitive qui avait annulé la délibération déclarant la procédure infructueuse. Le considérant n° 5 de la présente décision souligne clairement que ce qu'avait alors sanctionné le juge était uniquement le recours impropre à une déclaration d'infructuosité et non la renonciation à poursuivre la procédure.

En effet, si elle peut résulter de l'absence d'offre ou du caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable de toutes les offres reçues, la déclaration d'infructuosité ne saurait résulter de la seule insuffisance de concurrence et du caractère incomplet de l'offre remise par le soumissionnaire ((v. en ce sens [Rép. min. n° 14701 du 20 juillet 1998, JOAN, p. 4002](#), selon laquelle l'autorité publique « *ne peut donc procéder à une déclaration d'infructuosité dans le cas où elle constate qu'une ou plusieurs offres apparaissent acceptables même si le niveau de la concurrence apparaît insuffisant* »)). En revanche, et telle est la solution retenue ici, la circonstance que la délibération déclarant l'infructuosité ait été annulée à bon droit ne faisait nullement obstacle à ce que

la commune puisse tout de même renoncer à poursuivre la procédure.

En deuxième lieu, le Conseil d'Etat a ensuite profité de cette espèce pour préciser l'exigence d'intérêt général qui conditionne la faculté offerte à la collectivité de renoncer à la conclusion du contrat.

Il a ainsi jugé en l'espèce que « *l'insuffisance de la concurrence constitue un motif d'intérêt général susceptible de justifier la renonciation à conclure un contrat de délégation de service public* ».

L'insuffisance de la concurrence rejoint donc d'autres motifs d'intérêt général reconnus par le juge, tels qu'une renonciation à conclure un contrat en raison d'un coût estimatif des travaux supérieur au budget prévu par l'acheteur ([\(CE 23 novembre 1983 Commune de Mont-de-Marsan, req. n° 30493.\)](#)), en raison de nouvelles modalités techniques retenues par l'acheteur permettant de réduire substantiellement le coût des prestations souhaitées ([\(CE 30 décembre 2009 Société Estradera, req. n° 305287.\)](#)) ou encore en raison du risque de recours contentieux lié à l'existence d'irrégularités susceptibles de vicier la procédure de passation du contrat ([\(CE 13 janvier 1995 CCI de la Vienne, req. n° 68117, publié au Rec. CE.\)](#)). Sur ce point, il est intéressant de relever que le rapporteur public de l'affaire préconisait d'accorder une large marge de manœuvre à l'autorité publique, en exigeant seulement que celle-ci fasse état de « *considérations d'ordre général, c'est-à-dire relevant de la gestion publique et étrangères à la personne des candidats* » ([\(Gilles Pelissier, concl. sur la présente affaire.\)](#)).

En troisième lieu, le juge de cassation confirme que le juge du fond a bien rempli son office en vérifiant que la commune se prévalait bien d'un motif général de nature à justifier sa décision de ne pas poursuivre la procédure. Car, si l'absence d'offre concurrente ne peut permettre de déclarer la procédure

infructueuse, elle peut cependant tout à fait constituer un motif d'intérêt général justifiant la renonciation à poursuivre la procédure. Or, la commune de Fréjus n'a pas manqué de s'en prévaloir devant le juge, lequel a bien considéré qu'il s'agissait d'un motif d'intérêt général.

Le montant de la redevance domaniale peut être fixé après négociation dans le cadre d'une DSP

Le Conseil d'Etat n'admet pas davantage les conclusions de la société dirigées cette fois contre l'arrêt d'appel en tant qu'il a rejeté ses demandes indemnitaires présentées au titre de son éviction de la seconde procédure. Le débat porte ici sur la fixation par la commune de la redevance domaniale dans le cadre du contrat de DSP.

Pour justifier sa décision, il précise que, dans le cadre d'une procédure de passation d'une délégation de service public portant également occupation du domaine public, l'autorité délégante peut librement négocier avec les candidats l'ensemble des éléments de leur offre, parmi lesquels le montant de la redevance domaniale qu'ils seraient amenés à verser :

« Considérant que si une collectivité délégante lance la procédure prévue par les dispositions du code général des collectivités territoriales pour la passation d'une convention de délégation de service public afin d'attribuer un sous-traité d'exploitation d'une plage, qui porte également autorisation d'occupation du domaine public, elle peut librement négocier avec les candidats à l'attribution de ce sous-traité l'ensemble des éléments composant leur offre, y compris le montant de la redevance domaniale, afin de rechercher la valorisation optimale de son domaine ; qu'à ce titre, une collectivité délégante peut notamment prévoir que le montant de la redevance domaniale versée par l'attributaire fasse partie des critères de sélection des offres ; qu'il appartient ensuite à la collectivité délégante, en sa qualité

d'autorité gestionnaire du domaine public, de fixer elle-même, au plus tard lors de l'attribution du sous-traité, le montant de la redevance domaniale devant être versée par l'attributaire du contrat ».

Ces règles étant exposées, le juge de cassation considère que, si la commune de Fréjus devait effectivement fixer un montant de redevance d'occupation du domaine public en tant qu'autorité gestionnaire du domaine, ce montant n'avait pas à être arrêté préalablement au lancement de la procédure de passation du contrat et pouvait très bien l'être au plus tard lors de l'attribution du contrat.

Ainsi et, contrairement à ce que soutenait la société requérante, la commune n'était pas tenue de déterminer *ab initio* les composantes de la redevance domaniale due par chaque attributaire. Elle pouvait tout à fait prévoir, parmi les critères de sélection des offres, non pas un critère lié à la redevance préalablement fixée mais un critère selon lequel le montant proposé par chaque candidat serait pris en compte.

Pour l'ensemble de ces motifs, la Haute Juridiction rejette donc le pourvoi formé par la société *Le Pagus*.

Licéité de la location du domaine privé d'une commune à un prix inférieur à sa valeur

[QE n° 01803 publiée au JO Sénat du 02/11/2017, page 3389 ; Réponse publiée au JO Sénat du 30/08/2018, page 4479](#)

Une commune peut-elle mettre à disposition d'un éleveur, *via*

un prêt à usage, une parcelle de son domaine privé pour laisser pâturer le bétail et assurer le débroussaillage de la parcelle contre les incendies ? Pour rappel, le prêt à usage permet au prêteur de livrer une chose au preneur pour son usage, à charge pour le preneur de la rendre (([Art. 1875 du code civil.](#))). Ce prêt est essentiellement gratuit (([Art. 1876 du code civil.](#))) et le prêteur demeure propriétaire de la chose (([Art. 1877 du code civil.](#))). En pratique, le prêt bénéficie aux deux parties.

1 Pour le ministère, un tel prêt est licite dès lors qu'il est justifié par l'intérêt général.

En effet, si les collectivités territoriales « gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables » (([L. 2221-1 du code général de la propriété des personnes publiques](#) (CGPPP))), les libéralités des personnes publiques sont prohibées ((CE 17 mars 1893 *Chemins de fer de l'est* D. 1894 p. 119, concl. Romieu – [CE 4 mai 2011 Chambre de commerce et d'industrie de Nimes, Uzès, Bagnols, Le Vigan, req. n° 334280](#) publié au rec. CE ; voir aussi : [CC 26 juin 1986 Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, n° 86-207 DC.](#))) : une personne publique ne peut donc pas disposer, à titre gratuit, de tout ou partie de ses biens ou droits au profit d'une autre personne, sans motif légitime.

Toutefois, le ministre rappelle qu'une personne publique peut céder légalement un terrain à un prix inférieur à sa valeur (([CE sect. 3 novembre 1997 Commune de Fougerolles, req. n°169473](#) publié au rec. CE – [CE 14 octobre 2015 Commune de Châtillon-sur-Seine, req. n° 375577](#) publié au rec. CE ; Cf. [le commentaire](#) sur le blog AdDen.)), à la double condition que :

- la cession soit justifiée par des motifs d'intérêt général, et ;
- la cession comporte des contreparties suffisantes, c'est-à-dire des avantages effectifs permettant de

justifier la différence entre le prix de vente et la valeur réelle du bien ((Attention, si la cession comprend à la charge de l'acquéreur des obligations de réaliser des services ou des travaux répondant aux besoins de la personne publique, le contrat peut relever de la commande publique (le caractère onéreux résultant de la minoration du prix de vente).)).

Le ministère de l'intérieur transpose cette logique au prêt à usage, qui peut être conclu par les collectivités locales sur leur domaine privé – sans encourir la qualification de libéralité -- lorsque le contrat est justifié par un but d'intérêt général. De plus, le contrat de prêt à usage n'entraînant pas d'appauvrissement de la collectivité territoriale, il ne serait pas nécessaire de prévoir des contreparties suffisantes.

Une autre réponse ministérielle récente ([\(QE n° 02393 publiée au JO Sénat du 07/12/2017, page 3841 ; Réponse publiée au JO Sénat du 23/08/2018, page 4349.\)](#)) a d'ailleurs estimé licite le recours au prêt à usage pour des bureaux relevant du domaine privé d'une collectivité locale, tout en excluant la possibilité de conclure un prêt à usage pour des bureaux classés au domaine public, parce que l'occupation du domaine public doit toujours donner lieu au paiement d'une redevance et ne peut être gratuite, sauf dans certains cas ([\(Art. L. 2125-1 du CGPPP.\)](#)). D'ailleurs, l'un d'entre eux intéresse le cas où l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même, ce qui pourrait être le cas.

2 La réponse ministérielle n'évoque pas le sujet de la mise en concurrence préalable de l'occupation du domaine privé.

Depuis le 1^{er} juillet 2017, l'[article L. 2122-1-1 du CGPPP](#) prévoit que la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique doit être précédée

d'une procédure de publicité préalable et de mise en concurrence. Par principe, la conclusion d'un prêt à usage sur le domaine public devrait donc faire l'objet d'une mise en concurrence. Mais ces dispositions ne trouvent pas à s'appliquer sur le domaine privé.

La jurisprudence « *Promoimpresa* » (([CJUE 14 juillet 2016 *Promoimpresa Srl et Mario Melis e.a.*, aff. n°C-458/14 et C-67/15.](#))) pourrait cependant s'appliquer. En effet, la Cour de justice de l'Union Européenne considère ((Sur le fondement de la [directive « Services » 2006/123/CE du 12 décembre 2006.](#))) que l'attribution d'une autorisation d'occupation de son domaine par une personne publique doit être précédée d'une mise en concurrence entre les candidats potentiels si l'occupation est (i) le support de l'exercice d'une activité économique, et (ii) est limitée en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques (ce qui n'est peut-être pas le cas d'un champ en milieu rural). Si les champs devaient manquer, cela supposerait, en pratique, que la commune publie au moins un « *avis d'appel à manifestation d'intérêt* » pour vérifier si d'autres éleveurs seraient intéressés par l'occupation de ces parcelles.

On peut aussi relever que par ce prêt, la commune répond à ses besoins en matière de débroussaillage de la parcelle, en contrepartie d'un usage gratuit de la parcelle, ce qui pose la question de sa qualification de marché public. Néanmoins, l'objet principal du prêt paraît immobilier tandis que le débroussaillage est un accessoire consécutif de cette mise à disposition. En tout état de cause, son montant ne devrait pas excéder 25 000 EUR HT.

Référé mesure utile en matière contractuelle : le juge peut enjoindre au cocontractant de poursuivre l'exécution du marché qu'il menace d'interrompre

[CE 25 juin 2018 Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie \(ADEME\), req. n° 418493, mentionné au table du Recueil](#)

L'ADEME a confié à la société GFI Progiciels un marché informatique en janvier 2014, pour la mise en place d'une solution progicielle de gestion financière interne. Aux termes du contrat, le titulaire devait fournir plusieurs types de licences d'utilisation du progiciel, déclinés selon différents profils d'utilisateurs (« utilisateurs complets », « utilisateurs réguliers », « utilisateurs occasionnels », etc.). La répartition du nombre de licences pour chaque type de profil s'est rapidement révélée inadaptée aux besoins des agents de l'ADEME, ce qui a nécessité que le titulaire modifie cette répartition, en augmentant sensiblement le nombre de licences « utilisateurs complets », plus coûteuses que les autres. La société a réclamé le paiement du surcoût ainsi engendré au regard des prix initialement prévus au contrat. Face au refus de l'ADEME, elle a tenté d'opposer une exception d'inexécution, en faisant part de son intention de supprimer un certain nombre d'accès au progiciel à compter du 31 janvier 2018 à défaut de paiement.

L'ADEME a alors saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, sur le fondement de l'article L.

521-3 du code de justice administrative (([L. 521-3 du code de justice administrative](#) : « *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative.* »)), afin qu'il soit enjoint à son cocontractant, sous astreinte, de maintenir le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre à ses besoins, jusqu'au terme du contrat ou, à tout le moins, jusqu'à ce que le juge du fond ait statué. Suite au rejet de sa demande, l'ADEME s'est pourvue en cassation contre l'ordonnance de référé du 7 février 2018 ((Conformément aux dispositions des articles [L. 523-1](#) et [R. 523-1](#) du code de justice administrative.)). Par une décision du 25 juin 2018, le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance au motif d'une omission à statuer puis réglé l'affaire au titre de la procédure de référé en accueillant la demande de l'ADEME. Ce faisant, la Haute Juridiction a apporté d'utiles précisions sur les conditions d'exercice du référé dit « mesure utile » en matière contractuelle, justifiant la mention de cette décision aux tables du Recueil Lebon.

Le cadre d'intervention du juge en matière d'injonctions prononcées à l'encontre du cocontractant de l'administration

Plusieurs conditions s'appliquent à l'intervention du juge en matière contractuelle.

Tout d'abord, en vertu d'une jurisprudence de principe, l'administration n'est pas recevable à saisir le juge d'une demande qu'elle a le pouvoir de prendre elle-même ((CE 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, req. n° 49241, publié au Recueil.)). Ce principe trouve à s'appliquer en matière contractuelle (([CE 13 juillet 1956 OPHLM du département de la Seine, req. n° 37656, publié au recueil Lebon](#) : « *Considérant que s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion du service public en adressant sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont*

contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du marché, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son co-contractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; qu'en pareille hypothèse le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du co-contractant de l'administration, une condamnation sous astreinte à une obligation de faire ; qu'en cas d'urgence le juge des référés peut de même, sans faire préjudice au principal, ordonner sous astreinte audit co-contractant, dans le cadre des obligations prévues au contrat, toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ».)), sauf lorsque la demande de l'administration tend au paiement de créances qui lui sont dues en vertu d'un contrat (l'administration n'est alors pas tenue d'émettre un titre exécutoire mais peut solliciter du juge qu'il condamne le cocontractant au paiement d'une somme d'argent) ((CE 26 décembre 1924 *Ville de Paris c. Chemin de fer métropolitain*, req. n° 77229, publié au Recueil ; [CE 5 novembre 1982 *Société Propétrol*, req. n° 19413, publié au Recueil](#).)). En-dehors de cette exception, l'administration ne peut pas demander au juge d'intervenir si elle est en mesure d'agir elle-même, ce que le Conseil d'Etat rappelle.

Par ailleurs, plus spécifiquement pour le référé mesure utile, la Haute Juridiction rappelle l'ensemble des conditions requises depuis 2002 pour que la mesure sollicitée par l'administration puisse être prononcée :

« en cas d'urgence, le juge des référés peut, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, ordonner au cocontractant, éventuellement sous astreinte, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, justifiée par l'urgence, ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et ne se heurte à aucune

contestation sérieuse » (([CE 29 juillet 2002 Centre hospitalier d'Armentières, req. n° 243500, publié au Recueil](#) ; [CE 1^{er} mars 2012 Société Assistance conseil informatique professionnelle, req. n° 354628, mentionné aux Tables](#) ; [CE 5 juillet 2013, Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles, req. n° 367760, mentionné aux Tables.](#))).

En l'espèce, la mesure sollicitée par l'ADEME satisfaisait chacune de ces conditions.

1 La mesure doit être utile : cette condition, qui doit s'apprécier, selon les conclusions du rapporteur public, « *au regard des autres voies de droit dont dispose éventuellement le demandeur pour obtenir de son cocontractant l'exécution de ses obligations* » (([Gilles Pelissier, concl. s. la présente décision.](#))), rejoint d'ailleurs l'idée selon laquelle l'ADEME ne doit disposer d'aucun autre moyen de contrainte à l'égard de son cocontractant et que la saisine du juge constituait bien la seule voie de droit qui lui était ouverte.

2 La mesure doit revêtir un caractère provisoire : en l'espèce, ce caractère provisoire résultait de ce que le prononcé de la mesure était sollicité *a minima* jusqu'à ce que le juge du fond ait tranché le litige, et non pas seulement jusqu'au terme du contrat.

3 La mesure ne doit pas faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

4 La mesure doit être nécessaire à la continuité ou au bon fonctionnement du service public : le juge a relevé que de nombreux agents de l'établissement public avaient besoin d'accéder au progiciel pour l'exercice de leurs missions quotidiennes, et que par conséquent la suppression de leurs droits d'accès était de nature à porter une atteinte immédiate au bon fonctionnement de l'ADEME.

5 La mesure doit être justifiée par l'urgence : en l'espèce, et cette approche permet une meilleure efficacité. Le Conseil d'Etat admet que l'urgence puisse être caractérisée en présence non pas d'une inexécution mais d'une menace d'inexécution de la part du cocontractant : la circonstance que l'inexécution ne soit pas effective faisant seulement obstacle, selon lui, au prononcé d'une astreinte.

6 La mesure ne doit se heurter à aucune contestation sérieuse.

Sur ce point, qui aborde le fond de la question de droit, l'approche du Conseil d'Etat apporte d'utiles rappels.

D'abord, le Conseil d'Etat rappelle que les obligations contractuelles du cocontractant résultent du marché mais aussi de l'exercice par l'administration des pouvoirs qu'elle détient en application des règles générales applicables aux contrats administratifs (([CE 5 juillet 2013, Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles](#), préc.)). Ainsi, « *les mesures que le juge des référés, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, peut ordonner au cocontractant de l'administration pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ne sont pas seulement celles qui découlent des obligations prévues dans le contrat initialement signé par les parties, mais également celles qui résultent de l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat* ».

L'ADEME était fondée à solliciter la poursuite de l'utilisation des licences telles que modifiées pour répondre à ses besoins, puisqu'elle détient un pouvoir de modification unilatérale justifié par l'intérêt général : par conséquent, le fait que la mesure sollicitée corresponde non pas aux stipulations du marché initial mais à une modification unilatérale du marché ne constitue pas une contestation sérieuse de nature à faire obstacle au prononcé du maintien

temporaire de l'ensemble des licences nécessaires.

Certes, ce pouvoir de modification unilatérale s'exerce sous réserve de l'indemnisation du préjudice que le cocontractant subit en conséquence. Mais le cocontractant ne peut refuser d'exécuter la modification que l'administration lui impose parce que celle-ci refuserait de l'indemniser : à la différence du droit privé, le cocontractant de l'administration ne peut se prévaloir de l'exception d'inexécution pour cesser d'exécuter ses obligations contractuelles lorsqu'il estime que la personne publique manque aux siennes ((CE 7 janvier 1976 *Ville d'Amiens*, req. n° 92888, publié au Recueil ; pour une application plus récente, v. CE 8 octobre 2014 *Société Grenke Location*, req. n° 370644, publié au Recueil.)). Ainsi, la circonstance que l'ADEME n'ait pas payé à son cocontractant le surcoût afférent à la modification du contrat n'était pas de nature à permettre à celui-ci de se délier de son obligation d'exécuter le contrat.

Le Conseil d'Etat a donc enjoint la société GFI Progiciels de maintenir le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires jusqu'à ce que le juge du fond statue sur sa demande d'indemnisation, rejetant toutefois les conclusions tendant à assortir cette injonction d'une astreinte puisque la société en est restée aux simples menaces d'interrompre l'exécution des prestations.

Il s'agit d'un exemple intéressant d'utilisation du référé mesure utile pour rappeler à l'ordre un cocontractant qui ne respecterait pas le régime général d'exécution d'un contrat public. On peut simplement regretter le délai de traitement de la demande, qui n'aurait pas été tout à fait efficace si la société avait mis en exécution sa menace le 31 janvier.

La demande en appréciation de régularité : une expérimentation dont les contours exacts restent à définir par décret

L'[article 54 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018](#) a instauré, à titre expérimental, une procédure juridictionnelle s'inspirant du **rescrit fiscal** ((Suivant les préconisations du Conseil d'Etat dans son étude « Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets » du 14 novembre 2013. Le Conseil d'Etat y définit le rescrit comme une « *prise de position formelle de l'administration, qui lui est opposable, sur l'application d'une norme à une situation de fait décrite loyalement dans la demande présentée par une personne et qui ne requiert aucune décision administrative ultérieure* »)), **qui permettra au bénéficiaire ou à l'auteur de certaines décisions non réglementaires de saisir le tribunal administratif d'une demande d'appréciation de leur légalité externe, qui sera ensuite opposable.**

Le fonctionnement exact du dispositif dépend de plusieurs précisions qui doivent être apportées par un décret pris en Conseil d'Etat, dont la publication marquera le début de l'expérimentation du dispositif, pour 3 ans, dans le ressort de 4 tribunaux administratifs que ledit décret identifiera.

Ce mécanisme s'inscrit dans un mouvement de fond plus général de renforcement de la sécurité juridique, au détriment du principe de légalité et parfois du droit au recours.

Le Conseil d'Etat juge depuis 2011 qu'un vice de procédure n'est de nature à entacher d'illégalité la décision attaquée

que s'il a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie (([CE Ass. 23 décembre 2011 Danthony, req. n° 335033 publié au rec. CE.](#))). Par ailleurs, en matière d'urbanisme, l'[article L. 600-1 du code de l'urbanisme](#) a instauré depuis longtemps déjà un délai au-delà duquel les vices de forme ou de procédure susceptibles d'affecter certains documents d'urbanisme, notamment la création de zone d'aménagement concertée (ZAC), ne peuvent plus être invoqués.

Récemment, le Conseil d'Etat a considéré que le juge administratif ne peut contrôler, par la voie de l'exception, les conditions de forme et de procédure des actes réglementaires après l'expiration du délai de recours contentieux ouvert à leur encontre (([CE 18 mai 2018 Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, req. n° 414583 publié au rec. CE.](#) - Cf. [le commentaire](#) de cette décision sur le blog AdDen.)).

Enfin, depuis la décision du Conseil d'Etat *Czabaj* (([CE Ass. 13 juillet 2016 Czabaj, req. n° 387763 publié au rec. CE](#) - voir [le commentaire](#) de cette décision sur le blog AdDen.)), le destinataire ((Voir des tiers informés par une publicité de la décision, selon une juridiction de première instance : [TA Versailles 15 février 2017 M.X., req. n°1402665.](#))) d'une décision administrative individuelle, même notifiée sans mention des voies et délais de recours, ne peut la contester que dans un délai « *raisonnable* » d'1 an à compter de la date à laquelle il a eu notification de la décision ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance.

Indiscutablement, la tendance est à la maîtrise et à la limitation des contentieux, dont la longueur et les motifs de critique peuvent paralyser la réalisation des projets concernés, et donc la vie économique également.

1 Champ d'application de la demande

Le texte vise certaines décisions « *non réglementaires* » dont l'illégalité peut être invoquée, alors même qu'elles seraient devenues définitives, à l'appui de conclusions dirigées contre un acte ultérieur, à l'exception des décrets. Dans ces conditions, ces décisions nous paraissent correspondre à la catégorie des décisions « *ni réglementaires ni individuelles* » (([Article L. 200-1 du code des relations entre le public et l'administration.](#))), dont il faut exclure les décisions adoptées par décret.

Le mécanisme vise ainsi les opérations complexes, c'est-à-dire celles caractérisées lorsqu'une décision administrative finale ne peut être prise qu'après l'intervention de plusieurs décisions successives spécialement prévues pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement ((Cf. [Conclusions du rapporteur public Jean Lessi sous la décision CE 24 février 2017 Fédération des employés et cadres CGT-Force ouvrière et autre, req. n° 391716, 391718, 391719, 391724.](#))). Dans le cadre de ces opérations complexes, les parties intéressées par la contestation d'un acte administratif ultérieur, peuvent soulever, par exception d'illégalité, un vice entachant la décision initiale ((Voir par exemple : [CE 26 octobre 2012 M.B., req. n° 346947, mentionné au rec. CE.](#))).

En outre, seules certaines de ces décisions pourront faire l'objet d'une appréciation de légalité externe. Elles seront listées par le décret en Conseil d'Etat parmi celles prises sur le fondement du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, du code de l'urbanisme ou des articles L. 1331-25 à L. 1331-29 du code de la santé publique relatifs aux arrêtés d'insalubrité, ce qui devrait ainsi recouvrir notamment les décisions suivantes :

- les déclarations d'utilité publique, nécessaires à toute expropriation ;
- les autorisations de création d'une ZAC dans le cadre de leur passation ((Voir par exemple : [CE, 26 mars 1999,](#)

[req. n° 185841 publié au rec. CE.\)\)](#), selon [l'étude d'impact du projet de loi](#) ;

- les déclarations d'insalubrité à titre irrémédiable d'un immeuble dans le cadre de leur acquisitions ((Articles [1331-25](#) à [L. 1331-29 du code de la santé publique](#) ; voir par exemple la décision [CE 20 mars 2015 Société Urbanis aménagement, req. n° 371895 mentionné au rec. CE](#) – Cf. [le commentaire](#) de cette décision sur le blog AdDen.)), selon [l'étude d'impact du projet de loi](#).

Le décret fixera la liste exacte des décisions concernées.

2 Modalités de la demande

La demande peut être présentée par le bénéficiaire ou l'auteur de la décision (le préfet notamment) dans un délai de 3 mois à compter de la notification ou de la publication de la décision examinée.

Le tiers ayant un intérêt peut également intervenir volontairement dans la procédure à compter de la publicité de la demande.

Ce mécanisme permet de s'assurer que la demande en appréciation de la légalité externe produise tous ses effets : les bénéficiaires des décisions qui auront le plus intérêt à engager la procédure d'appréciation de la régularité, auront aussi le moins intérêt à ce que le tribunal relève une irrégularité. La publicité de la demande d'appréciation devrait permettre de mobiliser les tiers, peut-être plus soucieux de pointer les irrégularités de l'acte.

Les formes de la présentation, de l'instruction et de la décision de la demande ainsi que les moyens assurant sa publicité seront également déterminées par décret.

3 Effets de la demande

La demande suspend l'examen des recours dirigés contre la

décision en cause et dans lesquels sont soulevés des moyens de légalité externe, à l'exclusion des procédures en référé ((Référé prévus au livre V du code de justice administrative.)).

Comme le Conseil d'Etat le relève dans son [avis sur le projet de loi](#), cette suspension risque d'allonger des délais d'instruction juridictionnels, mais le décret devra fixer un délai dans lequel le tribunal devra se prononcer sur la légalité externe de l'acte soumis à son appréciation.

Le tribunal devra se prononcer sur tous les moyens de légalité externe qui lui seront soumis ainsi que sur tout motif d'illégalité externe qu'il estimera devoir relever d'office, y compris s'il n'est pas d'ordre public. La décision du tribunal pourra faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

4 Effets de l'appréciation du tribunal administratif sur la légalité externe de l'acte

Deux hypothèses sont envisageables.

Soit le tribunal constate la légalité externe de la décision en cause, et alors celle-ci ne pourra plus être remise en cause **même si une irrégularité non examinée est relevée par la suite.**

Soit le tribunal constate un vice de légalité externe : alors, il ne procédera pas à l'annulation de la décision puisqu'il n'est pas saisi de conclusion à fin d'annulation, mais à l'énoncé d'une appréciation d'illégalité, un constat en quelque sorte. Par dérogation à l'[article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration](#), la loi dispose que l'autorité administrative a la faculté de retirer ou abroger la décision en cause au cours de la procédure et jusqu'à 2 mois après la notification de la décision du juge. Cela permet de purger la nouvelle décision de ses illégalités externes. Si l'administration ne procède pas au retrait ou à l'abrogation, le ou les moyens de légalité externe pourront

être soulevés lors d'un recours contentieux.

Il est certain que ce mécanisme va complexifier le fonctionnement de la justice administrative, puisque ce sont désormais 3 juges, celui du rescrit, du référé et enfin le juge de l'excès de pouvoir qui pourront se prononcer, et éventuellement se contredire, sur un même acte.

Les bénéficiaires et auteurs de la décision devront user adroitement de cette demande en appréciation de la légalité externe, pour éviter un alourdissement inutile des procédures engagées ou une exposition malvenue aux risques de recours générés par la publicité de la demande. Les conseils devront analyser précisément l'intérêt stratégique d'une telle demande.

Conséquences de l'annulation du retrait d'un acte créateur de droits

[CE 26 juillet 2018 M. A. B., req. n° 419204 publié au Rec. CE](#)

En 2015, M. B. a déposé à la préfecture de la Côte d'Or une demande d'autorisation de création d'un aérodrome privé, à laquelle il a été fait droit par un arrêté préfectoral délivré le 12 juin 2015. Toutefois, la préfecture s'est par la suite aperçue que l'assiette du projet était située en zone Natura 2000, ce qui supposait de respecter les procédures

d'évaluation environnementale préalables, ce que n'avait pas fait M. B. La préfète a retiré l'arrêté d'autorisation du 12 juin 2015 le 8 octobre 2015.

M. B. a contesté la décision de retrait constituée par l'arrêté du 8 octobre 2015, que le tribunal administratif a annulé le 21 novembre 2016, faute pour la préfète d'avoir mis en œuvre une procédure contradictoire préalablement au retrait^[1]. Par arrêté du 7 février 2017, soit moins de 4 mois après la décision du tribunal annulant le premier retrait, et après une procédure contradictoire, la préfète a de nouveau retiré l'autorisation accordée à M. B.

M. B. a contesté cette nouvelle décision de retrait, en lui reprochant d'être intervenue au-delà du délai de 4 mois à compter de la date d'édiction de la décision retirée. La préfète soutenait, elle, qu'un nouveau délai de retrait de 4 mois courrait depuis de la date du jugement ayant annulé le premier retrait mais aussi que le motif d'annulation du premier retrait ne tenant qu'à un vice de procédure, il fallait permettre à l'administration de retirer l'acte illégal.

Par un jugement du 7 mars 2018, sur le fondement de l'article [L. 113-1 du code de justice administrative](#), le tribunal administratif a sursis à statuer afin d'interroger le Conseil d'Etat sur cette question de droit. L'avis du Conseil d'Etat comprend trois importantes précisions sur les conséquences de l'annulation d'une décision de retrait, justifiant sa publication au Lebon.

Pour mémoire, le retrait d'une décision a pour effet de faire disparaître l'acte tant pour l'avenir que pour le passé^[2].

[L'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration](#) – consacrant la jurisprudence d'assemblée du [Conseil d'État du 26 octobre 2001 Ternon, req. n° 197018 publié au rec. CE](#) – dispose que le retrait d'une décision administrative créatrice de droits, expresse ou implicite, ne peut intervenir qu'à deux conditions :

- une condition de fond liée à l'illégalité de la décision et,
- une condition de forme quant au délai du retrait qui doit intervenir dans les 4 mois à compter de l'édition de la décision.

1 En premier lieu, le Conseil d'Etat, confirmant sa jurisprudence antérieure^[3], rappelle que lorsqu'une décision créatrice de droits est retirée et que ce retrait est annulé, la décision initiale est rétablie à compter de la date de lecture de la décision de justice prononçant l'annulation.

2 En deuxième lieu, le Conseil d'Etat précise que l'annulation de la décision de retrait n'ouvre pas un nouveau délai de retrait de 4 mois, quand bien même la décision créatrice de droits initiale serait illégale.

Autrement dit, dès lors que le délai de retrait de 4 mois à compter de l'édition de la décision est passé, l'administration ne peut plus retirer une décision créatrice de droits.

D'une part, cette position se justifie parce que la lettre même des [articles L. 242-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration](#) ne permet pas de

suspendre, d'interrompre ou de proroger le délai de retrait de 4 mois. D'autre part, comme le relève le rapporteur public, la faculté de retirer une décision après qu'une première décision de retrait ait été annulée perturberait l'équilibre trouvé par la jurisprudence et les textes entre les principes de légalité et de sécurité juridique : une prolongation du délai de retrait reviendrait à privilégier la légalité des actes administratifs au détriment de la sécurité juridique des bénéficiaires de droits établis, mêmes illégaux.

3 En dernier lieu, le Conseil d'Etat, sans doute conscient de laisser un certain nombre d'actes créateurs de droits illégaux perdurer, ouvre des pistes pour limiter leur maintien.

Le Conseil d'Etat rappelle d'abord que lorsqu'une décision créatrice de droits a été retirée **dans le délai de recours contentieux** (ce qui peut ne pas être le cas, dans la mesure où la décision peut avoir été retirée après l'expiration du délai de recours) puis rétablie à la suite de l'annulation juridictionnelle de son retrait, un nouveau délai de recours contentieux court à l'égard des tiers^[4], décompté à partir soit :

- de la date des nouvelles formalités de publicité de la décision créatrice de droits rétablie, ou,
- de la date de la notification du jugement d'annulation, si aucune formalité n'est exigée.

Dans ce cadre, l'avis du Conseil d'Etat précise le rôle particulier du préfet envers les actes créateurs de droits des collectivités territoriales^[5]. En effet, à la suite du rétablissement la décision créatrice de droits illégalement

retirée, celle-ci doit à nouveau être transmise au préfet dans un délai de 15 jours à compter de la notification du jugement : le préfet dispose alors de la possibilité de déférer une décision qu'il estime illégale au tribunal administratif.

Enfin, deux hypothèses non évoquées par le Conseil d'Etat permettent à l'administration de prolonger le délai de retrait :

- en cas de recours administratif préalable obligatoire (RAPO) à l'exercice d'une action contre un acte créateur de droits, l'administration peut retirer l'acte jusqu'à l'expiration du délai imparti à l'administration pour se prononcer sur le RAPO[6] ;
- tout acte administratif obtenu par fraude peut être retiré sans conditions de délai[7].

Malgré tout, le rapporteur public considère qu'« *il restera bien évidemment des décisions illégales parfois lourdes de conséquences et, à ce titre, choquantes* » et s'interroge, tout en l'écartant au regard de la saisine d'espèce, sur la possibilité de reconnaître, dans certains cas, que le principe de légalité prime l'intérêt du bénéficiaire à la sécurité de ses droits acquis. En effet, en l'espèce, cette solution de principe aboutira à permettre la réalisation d'un aéroport privé dans une zone Natura 2000 sans analyse de ses conséquences sur l'environnement.

[1]

En effet, aux termes de l'article L. 211-2 du

code des relations entre le public et l'administration, les décisions de retrait d'une décision administrative créatrice de droits doivent être motivées, ce qui les intègre aux décisions devant faire l'objet d'une procédure contradictoire préalable conformément à [l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration](#).

[2] [Article L. 240-1 du code des relations entre le public et l'administration](#).

[3] [CE 6 avril 2007 M. Bernard A., req. n° 296493](#) publié au rec. CE.

[4] [CE 6 avril 2007 M. Bernard A., req. n° 296493](#) publié au rec. CE – [CE 11 février 2015 SA Aubert France, req. n° 373673](#) publié aux tables.

[5] L'avis du Conseil d'Etat ne vise que les conseils municipaux et leurs maires (articles [L. 2131-2](#) et [L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales](#)), mais cela s'étend également aux conseils départementaux et régionaux et à leurs présidents (articles [L. 3132-1](#), [L. 3131-2](#), [L. 4142-1](#) et [L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales](#)).

[6] [Article L. 242-5 du code des relations entre le public et l'administration](#).

[7] [Article L. 241-2 du code des relations entre le public et l'administration](#) ; voir [CE, 16 août 2018 Société NSHHD, req. n°412663](#).

Régime des biens dont le concessionnaire était propriétaire avant la conclusion de la concession

[CE Sect. 29 juin 2018 *Ministre de l'intérieur*, req. n° 402251 : Rec. CE](#)

Le Conseil d'Etat complète la jurisprudence *Commune de Douai* sur les biens de retour en précisant le régime applicable aux biens affectés au service public dont le concessionnaire était propriétaire avant la conclusion du contrat de *concession*.

1 Le contexte de l'affaire

Une station de ski a été créée, aménagée puis exploitée, à partir des années 1930, par différentes personnes privées sur des terrains leur appartenant ou dont elles avaient la jouissance. Par la suite, la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne a qualifié le service des remontées mécaniques de service public et en a confié l'organisation et l'exécution aux communes et à leurs groupements ((Voir désormais les articles [L. 342-1 et suivants](#) du code du tourisme.)).

En application de ces dispositions, la communauté de communes compétente et une société ont conclu en 1998 une convention de délégation de service public pour l'aménagement du domaine skiable et l'exploitation des remontées mécanique. A l'expiration de cette convention, la communauté de communes a

décidé la reprise en régie de l'exploitation et la remise à cette personne publique des biens affectés à l'exploitation du service public a été ordonnée à la société.

Enfin, à la suite d'un accord amiable, un protocole a été approuvé, prévoyant notamment le rachat des biens en cause par la communauté de communes. Les délibérations prises à cet effet ont été contestées par le préfet et l'affaire est finalement remontée au Conseil d'Etat.

2 Rappel du régime applicable aux biens de retour

Reprenant la solution dégagée, pour l'essentiel, dans son arrêt *Commune de Douai* de 2012 ((CE Ass. 21 décembre 2012 *Commune de Douai*, req. n° [342788](#) : RFDA 2013, p. 25, concl. Dacosta. – CE 21 octobre 2013 *Ministre du budget*, req. n° [358873](#).)), le Conseil d'Etat commence par rappeler le régime applicable aux biens dits « de retour », c'est-à-dire les biens affectés au service public et revenant à la personne publique concédante à l'expiration du contrat de concession :

- Dans le cadre d'une concession de service public 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.
- Le contrat peut toutefois attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public.

- A l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application de ces principes, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci gratuitement, et il en va de même pour les biens nécessaires au service public dont le contrat a attribué la propriété au concessionnaire pour la durée de la convention ou lesquels il lui a conféré des droits réels.

- Le concessionnaire peut toutefois demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement.

3 Le sort des biens appartenant déjà au concessionnaire

Le Conseil d'Etat règle ensuite la question du régime applicable aux biens qui n'ont pas été réalisés par le concessionnaire en application du contrat, puisqu'ils étaient déjà sa propriété antérieurement à sa conclusion, mais qui ont été affectés par ce contrat à l'exécution du service public :

« 6. Considérant que les règles énoncées ci-dessus, auxquelles la loi du 9 janvier 1985 n'a pas entendu déroger, trouvent également à s'appliquer lorsque le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la concession de service public, propriétaire de biens qu'il a, en acceptant de conclure la convention, affectés au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci ; qu'une telle mise à disposition emporte le transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique [...] ; qu'elle a également pour effet, quels que

soient les termes du contrat sur ce point, le retour gratuit de ces biens à la personne publique à l'expiration de la convention [...] ; que les parties peuvent prendre en compte cet apport 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 ».

Ainsi, en acceptant d'affecter ses biens au service public, le concessionnaire est également réputé accepter d'en transférer la propriété à la personne publique. Et si cet apport peut être pris en compte dans la définition de l'équilibre économique du contrat, voire donner lieu à une indemnité, ce n'est que sous certaines conditions.

Enfin, il est à noter que cette solution revêt une portée générale et n'est pas propre aux remontées mécaniques puisque l'arrêt précise au contraire que la loi du 9 janvier 1985 n'a pas entendu y déroger.

En conséquence, dans l'affaire qui lui était soumise, le Conseil d'Etat casse l'arrêt de la cour administrative

d'appel, qui avait considéré que la propriété des biens en cause, alors même qu'ils étaient nécessaires au fonctionnement du service public concédé, n'avait pas été transférée à la communauté de communes dès la conclusion de la convention du seul fait de leur affectation à la concession de service public et que ces biens n'étaient pas régis par les règles applicables aux biens de retour.

Pas d'exonération possible fondée sur la qualité du maître d'ouvrage s'agissant de la participation pour raccordement à l'égout

[CE 6 juin 2018 *SCI Lasserre Promotions et SCI Dolphaf*, req. n° 399932](#)

Par un arrêté du 30 avril 2008, le maire de la commune de Saint-Louis-de-Montferrand a accordé à la SCI Lasserre Promotions un permis de construire dans le cadre d'un programme de construction de logements sociaux en vertu duquel cette dernière était soumise au versement de la participation pour le raccordement à l'égout (raccordement au réseau d'assainissement existant).

Le permis de construire a ensuite été transféré à la SCI Dolphaf ((Cette dernière étant une filiale de la SCI Lasserre Promotions.)) avant que la communauté urbaine de Bordeaux (CUB) – devenue Bordeaux Métropole – n'émette un titre exécutoire le 9 août 2011 afin de mettre à la charge de cette

dernière une somme de 133 896,57 EUR au titre de la participation pour raccordement à l'égout.

C'est ce titre exécutoire que les SCI Dolphaf et Lasserre Promotions ont soumis à la censure du juge administratif.

1 Par un jugement en date du 26 mars 2014, le tribunal administratif de Bordeaux a annulé partiellement le titre exécutoire en déchargeant la SCI Dolphaf de l'obligation de payer la somme de 6 531,54 EUR et rejeté le surplus de ses demandes.

Par un arrêt du 24 mars 2016, la cour administrative d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement en rejetant l'appel formé par les SCI Dolphaf et la SCI Lasserre Promotion.

Les deux sociétés se sont pourvues en cassation contre cet arrêt, car elles estimaient notamment que l'exonération de 25 % prévue par la CUB s'agissant des organismes d'HLM ou des sociétés d'économie mixte communautaires, départementales ou communes serait constitutive d'une rupture d'égalité.

Cet abattement de 25 % sur la valeur du taux de participation à l'égout avait été instauré pour les « *opérations d'habitat à caractère social et strictement locatifs réalisés par les organismes d'HLM ou sociétés d'économie mixte communautaires, départementales ou communes* ».

2 Après avoir rappelé les dispositions de l'article L. 1331-7 du code de la santé publique ((« 2. Aux termes de l'article L. 1331-7 du code de la santé publique, dans sa rédaction applicable au litige : « Les propriétaires des immeubles édifiés postérieurement à la mise en service du réseau public de collecte auquel ces immeubles doivent être raccordés peuvent être astreints par la commune, pour tenir compte de l'économie par eux réalisée en évitant une installation d'évacuation ou d'épuration individuelle réglementaire, à verser une participation s'élevant au maximum à 80 % du coût de fourniture et de pose d'une telle

installation. / Une délibération du conseil municipal détermine les conditions de perception de cette participation »)), le Conseil d'Etat juge :

« 3. Ces dispositions font de la participation pour raccordement à l'égout une redevance justifiée par l'économie réalisée par le propriétaire grâce au raccordement de son immeuble au réseau d'assainissement existant. Elles ne font pas obstacle à ce que la participation exigée soit établie selon une méthode forfaitaire, dès lors qu'il n'est pas demandé au propriétaire de verser plus de 80 % du coût de la fourniture et de la pose de l'installation du dispositif individuel d'assainissement qui aurait été nécessaire en l'absence de raccordement. En revanche, elles ne sauraient être regardées comme autorisant l'instauration d'exonérations en fonction de la qualité du maître de l'ouvrage, celle-ci étant sans incidence sur la capacité du système d'évacuation et sur l'économie réalisée en ne l'installant pas ».

Autrement dit, la seule qualité du maître d'ouvrage réalisant une opération portant sur la construction de logements sociaux ne peut légalement justifier l'exonération, d'autant que cette exonération est dépourvue de tout lien avec « la capacité du système d'évacuation » et avec « l'économie réalisée en ne l'installant pas ».

La Haute Juridiction en infère dès lors que la CUB ne pouvait pas prévoir un abattement de 25 % au seul bénéfice des organismes d'HLM et des sociétés d'économie mixte communautaires, départementales ou communes :

« Il en résulte que la communauté urbaine de Bordeaux ne pouvait légalement, par sa délibération n° 2006/0575 du 21 juillet 2006, prévoir qu' » un abattement de 25 % est appliqué sur la valeur des taux en zones AU, A et N, en ce qui concerne les opérations d'habitat à caractère social et strictement locatifs réalisés par les organismes d'HLM ou sociétés d'économie mixte communautaires, départementales ou communales

» et qu'elle était donc en situation de compétence liée pour refuser d'étendre le bénéfice de cet abatement à des SCI comme les sociétés requérantes. Les moyens que ces dernières soulevaient en appel, qui étaient tirés de ce que la délibération précitée était contraire au principe d'égalité et à l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif à la libre circulation des capitaux étaient, dès lors, inopérants. Ce motif de pur droit doit être substitué aux motifs retenus par l'arrêt attaqué. Par ailleurs, l'argumentation tirée de ce que la délibération en cause serait contraire aux articles 107 et 108 du même traité est nouvelle en cassation et, n'étant pas d'ordre public, est inopérante ».

Par une substitution de motifs, le Conseil d'Etat confirme l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux et rejette, en conséquence, les demandes de la SCI Dolphaf et de la SCI Lasserre.

**Réduction par voie
prétorienne des moyens
invocables à l'occasion de
l'exception d'illégalité et
du recours pour excès de
pouvoir dirigés contre le**

refus d'abroger un acte réglementaire : inopérance des moyens tirés des vices de forme et de procédure affectant la légalité de l'acte réglementaire

[Conseil d'Etat 18 mai 2018 Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, req. n° 414583 : Publié au Rec. CE.](#)

Par une très importante décision du 18 mai 2018 impactant le droit au recours des administrés, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a réduit le champ des moyens invocables dans le cadre des voies de droit permettant de remettre en cause de façon perpétuelle la légalité d'un acte réglementaire.

Après avoir brièvement présenté le mécanisme de l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire et celui du recours dirigé contre un refus d'abroger (1), il conviendra de présenter la portée de la décision du 18 mai 2018 (2).

1 Sur l'exception d'illégalité et la demande d'abrogation d'un acte réglementaire illégal

Sans reprendre la distinction classique entre moyens de légalité externe et moyens de légalité interne ((CE Sect. 20 février 1953 *Société Intercopie*, req. n° 9772 : Publié au Rec. CE.)), la décision du 18 mai 2018 présente le contrôle du juge administratif :

« Le contrôle exercé par le juge administratif sur un acte qui présente un caractère réglementaire porte sur la compétence de son auteur, les conditions de forme et de procédure dans

lesquelles il a été édicté, l'existence d'un détournement de pouvoir et la légalité des règles générales et impersonnelles qu'il énonce, lesquelles ont vocation à s'appliquer de façon permanente à toutes les situations entrant dans son champ d'application tant qu'il n'a pas été décidé de les modifier ou de les abroger ».

Il s'agit des moyens susceptibles d'être soulevés à l'encontre d'un acte réglementaire lorsqu'il est attaqué par voie d'action, c'est-à-dire dans le délai du recours contentieux, par la voie d'un recours pour excès de pouvoir.

Par une jurisprudence ancienne et bien établie, il était cependant possible de soulever l'ensemble de ces moyens à l'encontre d'une décision réglementaire sans condition de durée grâce à deux mécanismes contentieux.

1.1 Le premier, l'exception d'illégalité, permet, à l'occasion du recours pour excès de pouvoir exercé contre une décision individuelle, de contester par exception, la légalité de l'acte réglementaire en application duquel cette décision individuelle a été prise. Si la constatation de l'illégalité de l'acte ne conduit pas à sa disparition de l'ordre juridique, elle conduit néanmoins le juge à en écarter l'application et, par conséquent, à annuler la décision individuelle attaquée pour défaut de base légale.

1.2 Le second mécanisme permet de solliciter l'abrogation d'un acte réglementaire, c'est-à-dire sa disparition pour l'avenir, sans condition de durée, si cet acte est illégal. Une fois l'abrogation sollicitée auprès de son auteur, le requérant peut attaquer le refus d'abrogation qui lui a été opposé dans le délai du recours contentieux ((CE Sect. 10 janvier 1930 *Despujol*, req. n° [97263](#) : Publié au Rec. CE.)). Les moyens invocables à l'encontre de l'acte réglementaire contesté étaient initialement limités dès lors qu'il n'était possible que de se prévaloir d'une illégalité résultant d'un changement de fait ou de droit postérieur à

l'édition de cet acte ((CE Sect. 30 janvier 1981, req. n° [16148](#) : Publié au Rec. CE.)).

Cependant, afin notamment d'assurer une meilleure effectivité, dans l'ordre interne, aux dispositions du droit communautaire, le Conseil d'Etat, par la décision d'Assemblée *Compagnie Alitalia* ((CE Ass. 3 février 1989 *Compagnie Alitalia*, req. n° [74052](#) : Publié au Rec. CE. Précisant cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a néanmoins précisé qu'un refus d'abroger n'était pas illégal lorsque l'acte réglementaire contesté était illégal *ab initio* mais que cette illégalité avait cessé au moment où l'administration s'était prononcée sur la demande d'abrogation : CE 10 octobre 2013 *Fédération française de gymnastique*, req. n° [359219](#) : Publié au Rec. CE.)), avait étendu les moyen invocable contre un refus d'abroger en jugeant que « *l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date* ».

C'est d'ailleurs ce principe qui a été reprise à l'article [L. 243-2](#) du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) lors de son entrée en vigueur, lequel dispose en son premier alinéa que « *l'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édictation ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé* ».

2 Sur la portée de la décision

Par la décision commentée, le Conseil d'Etat a restreint la nature des moyens invocables dans le cadre de ces deux mécanismes protecteurs de la légalité en faisant primer le principe de sécurité juridique sur le principe de légalité.

En effet, après avoir rappelé le mécanisme de l'exception

d'illégalité et les termes de l'article L. 243-2 du CRPA précité, il a considéré que « *si, dans le cadre de ces deux contestations, la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édiction de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux* ».

Ainsi, les vices de forme et de procédure ne sont plus opérants à l'encontre d'un acte réglementaire contesté en dehors du délai de recours contentieux, c'est-à-dire que le juge, saisi de tels moyens, ne sera pas même tenu d'y répondre mais pourra les écarter implicitement.

Seuls peuvent être invoqués l'illégalité des règles fixées par l'acte réglementaire, l'incompétence de son auteur et le détournement de pouvoir.

En l'espèce, le Conseil d'Etat rejette comme étant inopérant les moyens soulevés en l'espèce et tirés, d'une part, de l'irrégularité de la consultation d'une commission et, d'autre part, de ce que le décret adopté par le Premier ministre différerait à la fois de la version qui avait été soumise par le Gouvernement au Conseil d'Etat et de la version adoptée par le Conseil d'Etat au terme de son examen du projet – en contradiction avec le principe selon lequel, si le Gouvernement n'est pas tenu de suivre l'avis du Conseil d'Etat, il ne peut, s'agissant des décrets, édicter que le texte adopté par le Conseil d'Etat ou le projet qu'il lui a soumis.

Cette décision s'inscrit dans la suite de plusieurs autres arrêts de principe ayant réduit les moyens invocables en contentieux administratif. En particulier, on pourra la lire

parallèlement à la décision *Danthony* du 23 décembre 2011 ((CE Ass. 23 décembre 2011 *Danthony*, req. n° [335033](#) : Publié au Rec. CE.)) aux termes de laquelle, dans le cadre, cette fois-ci, du recours en excès de pouvoir exercé directement contre l'acte contesté, il n'est possible de se prévaloir d'un vice de forme et de procédure que si celui-ci a privé l'intéressé d'une garantie ou a exercé une influence sur le sens de la décision attaquée.

De même, par la décision *SMIRGEOMES* ((CE Sect. 3 octobre 2008 *SMIRGEOMES*, req. n° [305420](#) : Publié au Rec. CE.)), le Conseil d'Etat a limité les moyens invocables dans le cadre du référé précontractuel en empêchant qu'un concurrent évincé de la passation d'un contrat de la commande publique puisse se prévaloir d'un vice affectant la procédure qui n'a pas été susceptible de le léser.

On doit toutefois noter que, à la différence des décisions *Danthony* et *SMIRGEOMES*, la décision du 18 mai 2018 ne fixe aucune condition à l'inopérance des moyens de forme et de procédure soulevés à l'occasion d'une exception d'illégalité ou d'un recours contre un refus d'abroger.

Par conséquent, quelle que soit l'influence que ce vice a pu avoir sur la décision contestée et quelles que soient les garanties dont les administrés ont pu être privés du fait de cette irrégularité, il ne sera plus possible de s'en prévaloir une fois expiré le délai du recours pour excès de pouvoir à son encontre – c'est-à-dire au terme d'un délai de deux mois après la publication de l'acte réglementaire.

D'ailleurs, même dans le cas où la demande d'abrogation a été présentée à l'auteur de l'acte dans le délai du recours contentieux ouvert à son encontre, il n'est plus possible d'invoquer un vice de forme ou de procédure affectant cet acte dans le cadre du recours contentieux exercé contre le refus d'abroger ((C'était précisément la situation du cas d'espèce, la *Fédération des finances et des affaires économiques de la*

CFDT ayant demandé le 25 mai 2017 au ministre de l'action et des comptes publics l'abrogation d'un décret publié le 30 mars 2017, soit dans le délai du recours contentieux.)).

Ainsi, la méconnaissance d'une garantie aussi importante que, par exemple, la consultation obligatoire du Conseil d'Etat sur certains projets de décret ne pourra plus être sanctionnée qu'à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir direct.

Nicolas Nahmias de nouveau distingué par Who's Who Legal

[Nicolas Nahmias](#), associé, est encore cette année distingué par le guide Who's Who Legal, référence internationale indépendante du droit, dans la rubrique Droit administratif / contentieux.

L'image d'un bien appartenant à une personne publique ne constitue pas une dépendance de son domaine public et ne peut donner lieu à redevance pour occupation en cas d'utilisation commerciale par des tiers

[CE Ass. 13 avril 2018 Société Les Brasseries Kronenbourg, req. n° 397047 : publié au recueil Lebon](#)

L'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a récemment eu l'occasion de préciser le régime juridique de l'image des biens relevant du domaine public et celui de l'exploitation commerciale de celle-ci.

1 Le contexte du pourvoi

La société Les Brasseries Kronenbourg avait fait réaliser, au début de l'année 2010, des photographies du château de Chambord en vue de l'utilisation de l'image de ce monument dans le cadre d'une campagne de publicité pour l'une de ses marques de bières.

Par courrier du 19 avril 2010, le directeur général de l'établissement public du domaine national de Chambord a indiqué à la société que l'utilisation de l'image du château de Chambord à des fins de publicité commerciale constituait une utilisation privative du domaine public justifiant le versement d'une contrepartie financière ((En application du

[décret n° 2005-703 du 24 juin 2005 relatif à l'établissement public du domaine national de Chambord](#) qui permet à l'établissement, pour l'exercice de ses missions, de délivrer des autorisations d'occupation du domaine public dont la gestion lui est confiée.)).

En conséquence, il a transmis à la société deux états de sommes qu'il estimait dues par elle à ce titre. Deux titres de recettes exécutoires ont ensuite été émis à l'encontre de la société pour assurer le recouvrement de cette redevance domaniale.

La société Les Brasseries Kronenbourg a alors demandé au tribunal administratif d'Orléans d'annuler ces titres exécutoires d'un montant respectif de 143 520 euros et et 107 640 euros.

Par un jugement du 6 mars 2012, le tribunal administratif d'Orléans a fait droit à cette demande.

Par un arrêt du 16 décembre 2015 (n° [12NT01190](#)), la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par l'établissement public du domaine national de Chambord tendant, à titre principal, à l'annulation de ce jugement et au rejet des demandes de la société et, à titre subsidiaire, à ce que celle-ci soit condamnée à lui verser une indemnité équivalente à la redevance domaniale réclamée par les deux titres de recettes exécutoires, afin de réparer le préjudice dont il se prévalait.

Entre-temps, la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 *relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine* a introduit au sein du code du patrimoine un article [L. 621-42](#) aux termes duquel l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support, est soumise « à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national ».

Par une décision n° 397047 du 13 avril 2018, l'Assemblée du

contentieux du Conseil d'Etat a rejeté le pourvoi formé par l'établissement public du domaine national de Chambord contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes.

Ce faisant, l'Assemblée du contentieux a consacré le principe aux termes duquel l'image d'un bien appartenant à une personne publique ne constitue pas une dépendance de son domaine public, la prise de vues ou l'utilisation commerciale de cette image ne pouvant dès lors être sujettes à redevance pour occupation (2.1) tout en précisant le régime de responsabilité applicable en cas d'utilisation préjudiciable de l'image des biens domaniaux (2.2).

2 La décision de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat

2.1 Sur le moyen tiré de ce que cette utilisation relevait d'une utilisation privative du domaine public soumise, en contrepartie, à redevance, le Conseil d'Etat a, en premier lieu, considéré que :

« Les personnes publiques ne disposant pas d'un droit exclusif sur l'image des biens leur appartenant, celle-ci n'est pas au nombre des biens et droits mentionnés à l'article L. 1 ((Article L. 1 CGPPP : « Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics. »)) du code général de la propriété des personnes publiques. (...) Il en résulte que l'image d'un bien du domaine public ne saurait constituer une dépendance de ce domaine ni par elle-même, ni en qualité d'accessoire indissociable de ce bien au sens des dispositions de l'article L. 2111-2 du code général de la propriété des personnes publiques ((Article L. 2111-2 CGPPP : « Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable. »)) ».

Reprenant un considérant de principe, elle rappelle en second lieu :

« d'une part, que l'occupation ou l'utilisation du domaine public n'est soumise à la délivrance d'une autorisation que lorsqu'elle constitue un usage privatif de ce domaine public, excédant le droit d'usage appartenant à tous, d'autre part, que lorsqu'une telle autorisation est donnée par la personne publique gestionnaire du domaine public concerné, la redevance d'occupation ou d'utilisation du domaine public constitue la contrepartie du droit d'occupation ou d'utilisation privative ainsi accordé. Dès lors, si la personne publique est fondée à demander à celui qui occupe ou utilise irrégulièrement le domaine public le versement d'une indemnité calculée par référence à la redevance qu'il aurait versée s'il avait été titulaire d'un titre régulier à cet effet, l'occupation ou l'utilisation du domaine public dans les limites ne dépassant pas le droit d'usage appartenant à tous, laquelle n'est soumise à la délivrance d'aucune autorisation, ne peut, par suite, être assujettie au paiement d'une redevance ».

Le Conseil d'Etat avait en ce sens jugé que si l'administration peut refuser à des tiers l'occupation ou l'utilisation de son domaine public dès lors que cela constitue un usage privatif excédant le droit d'usage appartenant à tous, à propos notamment de la prise de photographies dans un but commercial des éléments de son domaine public mobilier (([CE 29 octobre 2012 Commune de Tours, req. n° 341173](#) : publié au Rec. CE, à propos des les œuvres d'un musée public.)), tel n'était pas le cas pour la présence momentanée des clients d'établissements bancaires et commerciaux sur le domaine public le temps d'effectuer une transaction (([CE 31 mars 2014 Commune d'Avignon, req. n° 362140](#) : mentionné dans les tables du Rec. CE.)).

En l'espèce, il juge néanmoins sur ce point que ne relève d'un usage privatif du domaine public :

- ► ni l'opération consistant en la prise de vues d'un bien appartenant au domaine public – sauf si elle implique, pour les besoins de la réalisation matérielle de cette opération, une occupation ou une utilisation du bien qui excède le droit d'usage appartenant à tous ;
- ► ni l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un tel bien.

Dès lors, les juges du Palais-Royal ont considéré que la cour administrative d'appel de Nantes avait pu, sans erreur de droit, estimer que l'usage de la photographie du château ne relevait pas d'une utilisation privative du domaine public de l'Etat (([CE Ass. avis 19 juillet 2012 Domaine national de Chambord, req. n° 386715.](#))) au sens des articles L. 2122-1 ((Article L. 2122-1 CGPPP : « *Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous.*

Le titre mentionné à l'alinéa précédent peut être accordé pour occuper ou utiliser une dépendance du domaine privé d'une personne publique par anticipation à l'incorporation de cette dépendance dans le domaine public, lorsque l'occupation ou l'utilisation projetée le justifie.

Dans ce cas, le titre fixe le délai dans lequel l'incorporation doit se produire, lequel ne peut être supérieur à six mois, et précise le sort de l'autorisation ainsi accordée si l'incorporation ne s'est pas produite au terme de ce délai. ».), L. 2125-1 ((Article L. 2125-1 CGPPP : « *Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'Etat des équipements visant à améliorer la sécurité routière ou nécessaires à la liquidation et au constat des irrégularités de paiement de toute taxe perçue au titre de l'usage du*

domaine public routier.

Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement :

1° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous ;

2° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même ;

3° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer l'exercice des missions des services de l'Etat 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 ;

4° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation permet l'exécution de travaux relatifs à une infrastructure de transport public ferroviaire ou guidé.

En outre, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général.

Lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, les modalités de détermination du montant de la redevance mentionnée au premier alinéa sont fonction de l'économie générale du contrat. Lorsque ce contrat s'exécute au seul profit de la personne publique, l'autorisation peut être délivrée gratuitement. ».) et L. 2125-3 ((Article L. 2125-3 CGPPP : « *La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du*

domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation. ».)) du code général de la propriété des personnes publiques lesquels ne pouvaient, par suite, fonder en droit les titres de recette.

2.2 Sur l'action indemnitaire tendant à la réparation du préjudice d'image, le Conseil d'Etat considère, par une formulation qui n'est pas sans rappeler l'interdiction faite à l'autorité de police d'adopter des régimes d'autorisation préalables portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ([CE Ass., 22 juin 1951 Daudignac et Fédération nationale des photographes-filmeurs, req. n° 00590 et 02551, publié au Rec. CE.](#))), que :

« L'autorité administrative ne saurait, en l'absence de disposition législative le prévoyant, soumettre à un régime d'autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de prises de vues d'un immeuble appartenant au domaine public, un tel régime étant constitutif d'une restriction à la liberté d'entreprendre et à l'exercice du droit de propriété ».

En premier lieu, le Conseil d'Etat relève, d'une part, que le législateur, dans le but de protéger l'image des domaines nationaux et de permettre leur valorisation économique, a prévu à l'article L. 621-42 ((Article L. 621-42 Code du patrimoine : *« L'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support, est soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national. Cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat, assorti ou non de conditions financières.*

La redevance tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.

L'autorisation mentionnée au premier alinéa n'est pas requise lorsque l'image est utilisée dans le cadre de l'exercice de missions de service public ou à des fins culturelles,

artistiques, pédagogiques, d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité.

*Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent article. ».) du code du patrimoine – récemment jugé conforme à la Constitution (([Décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018, Associations Wikimedia France et La Quadrature du Net](#), rendue sur une QPC transmise à l'appui d'une requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'article R. 621-99 du code du patrimoine (CE 25 octobre 2017 *Associations Wikimedia France et La Quadrature du Net*, req. n° 411005).)) – la possibilité pour les gestionnaires des domaines nationaux de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent ces domaines, et, d'autre part, que l'utilisation à des fins commerciales des prises de vues d'un immeuble entrant dans leur champ, sans qu'ait été au préalable obtenue l'autorisation qu'elles prévoient, constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'utilisateur à l'égard du propriétaire ou du gestionnaire de l'immeuble, le préjudice subi par celui-ci consistant notamment en l'absence de perception de la redevance dont l'autorisation aurait pu être assortie. Le ministre de la culture de l'époque avait été jusqu'à qualifier cette pratique de « *prédation* » (([France Bleu, 23 avril 2018 – Chambord perd définitivement son bras de fer judiciaire contre les brasseries Kronenbourg](#))).).*

Dès lors, la victime du dommage peut en demander la réparation devant la juridiction administrative, alors même qu'elle aurait le pouvoir d'émettre un état exécutoire en vue d'obtenir le paiement de la somme qu'elle réclame.

Le Conseil d'Etat relève néanmoins que ce mécanisme n'a été institué que par la loi du 7 juillet 2016 *relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*, le domaine de Chambord n'ayant lui-même été défini comme domaine national que par un décret du 2 mai 2017 (([Décret n° 2017-720](#)

du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux.)))).

La Haute juridiction administrative en déduit en l'espèce que le gestionnaire du domaine national de Chambord ne tenait d'aucun texte ni d'aucun principe le droit de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image du château et que, par suite, une telle utilisation sans autorisation préalable ne constituait pas une faute.

En second lieu, elle retient que le seul préjudice dont il pouvait éventuellement être demandé réparation résultait d'une utilisation de cette image qui aurait causé un trouble anormal à l'établissement public du domaine national de Chambord, dans les conditions définies par la jurisprudence de la Cour de cassation ((Cass. Ass. pl. 7 mai 2004 SCP Hôtel de Girancourt c/ SCIR Normandie et a., n° 02-10.450.)), à l'occasion par exemple d'une reproduction sans autorisation de l'établissement public gestionnaire ((CA Paris 23 octobre 1990 *Société Fotogram-Stone c/ Cité des sciences et de l'industrie.*)).

Le Conseil d'Etat en conclut qu'il n'appartenait pas à la juridiction administrative de connaître, en l'absence de disposition législative contraire ((V. par exemple, pour le régime de responsabilité pour occupation sans titre du domaine public, CE Section 25 mars 1960 *SNCF c/ Dame Barbey*, n° 44533 – CE 15 avril 2011 SNCF, req. n° 308014 : mentionné dans les tables du Rec. CE.)), d'une telle action indemnitaire, laquelle relève par suite de la compétence de la juridiction judiciaire ((CE Section 30 octobre 1964 *Commune d'Ussel*, req. n° 58134 – TC 12 avril 1976, Société des Etablissements Mehut c/ Commune de Neuves-Maisons, n° 2014.)).