

2003 L'occupation du domaine public ne peut (toujours) pas donner lieu à autorisation tacite

Étude rédigée par :

Philippe S. HANSEN,

avocat à la Cour – UGGC Avocats

Beaucoup a déjà été écrit sur la « simplification » résultant de l'abandon du principe du refus implicite né du silence de l'Administration et sur les très nombreuses dérogations au principe nouveau d'accord tacite (JCP A 2014, 2305). L'occupation du domaine public fait partie de ces exceptions en raison de la protection constitutionnelle dont bénéficie le domaine public.

1 - L'actualité juridique récente a été marquée par la parution de nombreux décrets, pris pour l'application de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*. Cet article a été modifié par la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 *habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens* et dispose désormais, en son premier alinéa, que « le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation ».

Rappelons en effet que le Conseil constitutionnel considère qu'en principe « le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet et qu'il ne peut y être dérogé que par une décision législative »¹, tout en admettant de telles dérogations dès lors qu'elles ne conduisent pas à priver de garantie légale des principes constitutionnels².

C'est ainsi que l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 dresse également la liste des cas dans lesquels, par dérogation au nouveau dispositif d'acceptation tacite, le silence de l'Administration pendant deux mois continue à valoir décision de rejet, notamment « dans les cas, précisés par décret en Conseil d'État, où une acceptation implicite ne serait pas compatible avec le respect des engagements internationaux et européens de la France, la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle et la sauvegarde de l'ordre public ».

S'agissant de l'occupation privative du domaine public, c'est fort logiquement que les décrets pris pour l'application de la loi maintiennent, sauf dans de rares cas, l'ancien principe du refus implicite.

En effet, tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État considèrent que le droit de propriété, garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme, emporte un principe constitutionnel de protection du domaine public (1), faisant ainsi obstacle à

toute autorisation tacite d'occuper le domaine public (2). Cela étant, à ce jour, quelques zones d'ombre subsistent, qu'il serait opportun de clarifier rapidement (3).

1. Le droit de propriété, garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme, emporte un principe constitutionnel de protection du domaine public

2 - Depuis longtemps déjà, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, relatif au droit de propriété (qui fait partie du bloc de constitutionnalité sur la base duquel le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité des lois), protège non seulement la propriété privée, mais aussi la propriété publique³.

C'est au visa des dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et, par conséquent, en considération du droit de propriété et de la protection qui lui est due que le Conseil constitu-

1. Cons. const., 26 juin 1969, n° 69-55, *Protection des sites* : Rec. Cons. const. 1969, p. 27.

2. Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* : Rec. Cons. const. 1995, p. 170.

3. V. Cons. const., 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. V. également Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, consid. 29 : Rec. CE 2003, p. 382 ; JCP A 2003, 1890, note F. Linditch : « les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public [...] résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées » et, sur cette décision, E. Fatôme, *À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public* : AJDA 2003, p. 1192.

tionnel a, dans sa décision du 21 juillet 1994, reconnu un principe constitutionnel de protection du domaine public⁴.

Depuis lors, le Conseil constitutionnel fait également référence aux dispositions de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme, lesquelles disposent que les « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme [...] sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* »⁵.

Dans le même sens, le Conseil d'État a, dans l'arrêt *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux* (V. *infra*), rappelé « *qu'en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, auquel se réfère le Préambule de la Constitution, la protection du domaine public est un impératif d'ordre constitutionnel* ».

2. Conséquence : prohibition des régimes d'autorisation tacite portant sur l'occupation domaine public

3 - Le principe de protection du domaine public trouve de nombreuses déclinaisons dans les textes, et notamment dans le Code général de la propriété des personnes publiques (ci-après « *CGPPP* »), aux termes duquel l'occupation privative du domaine public (i) doit donner lieu à une autorisation de la part du gestionnaire dudit domaine et (ii) que cette occupation doit nécessairement être compatible avec l'affectation dudit domaine⁶.

Ce principe de protection suppose également un examen au cas par cas des demandes d'autorisation et exclut subséquemment tout mécanisme d'autorisation tacite.

C'est ainsi que le Conseil d'État a eu l'occasion, dans un arrêt particulièrement topique, de censurer des mécanismes d'autorisations tacites sur le domaine public, en jugeant que : « *Considérant, en second lieu, qu'ainsi que l'a rappelé la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, un régime de décision implicite d'acceptation ne peut être institué lorsque la protection des libertés ou la sauvegarde des autres principes de valeur constitutionnelle s'y opposent ; qu'en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, auquel se réfère le Préambule de la Constitution, la protection du domaine public est un impératif d'ordre constitutionnel ; que le pouvoir réglementaire ne pouvait donc légalement instaurer un régime d'autorisation tacite d'occupation du domaine public, qui fait notamment obstacle à ce que soient, le cas échéant, précisées les prescriptions d'implantation et d'exploitation nécessaires à la circulation publique et à la conservation de la voirie* »⁷.

Les dispositions réglementaires qui viennent de paraître s'inscrivent dans le droit fil de cette jurisprudence. Toutefois, le droit positif comporte encore quelques lacunes, qu'il conviendra de combler afin de respecter pleinement les principes constitutionnels rappelés ci-avant.

3. L'état du droit positif et ses lacunes

4 - Une série de décrets du 23 octobre 2014 pris pour l'application de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000, précisent les cas dans lesquels le silence de l'Administration continuera à valoir refus. En matière domaniale, il s'agit des cas suivants, listés par le décret n° 2014-1282⁸ :

- autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public de l'État (géré par l'État : V. *CGPPP*, art. R. 21122-2 et R. 2122-4) ;
- autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public propre des établissements publics de l'État ;
- autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public de l'État (géré par un établissement public de l'État : V. *CGPPP*, art. R. 2122-2 et R. 2122-5) ;
- concession d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports ;
- titres d'occupation constitutifs de droits réels sur le domaine public de l'État (géré par l'État : *CGPPP*, art. R. 21122-12 et R. 2122-15) ;
- titre d'occupation constitutif de droits réels sur le domaine public propre d'un établissement public⁹ ;
- titres d'occupation constitutifs de droits réels sur le domaine public de l'État (géré par un établissement public de l'État : V. *CGPPP*, art. R. 2122-12 et R. 2122-15)¹⁰ ;
- concession de plage ;
- autorisation d'occupation temporaire concernant les zones de mouillages et d'équipements légers sur le domaine public ;
- autorisation d'occupation temporaire concernant les zones de mouillages et d'équipements légers sur le domaine public fluvial ;
- cession de terrains du domaine public maritime aux communes ou aux organismes ayant pour objet la réalisation d'opérations d'habitat social ;
- cession du domaine public maritime aux occupants de constructions à usage professionnel ;
- cession du domaine public maritime aux occupants de constructions à usage d'habitation.

Ainsi, s'agissant pour l'instant du domaine public de l'État et de ses établissements publics, le principe posé par la jurisprudence subsiste : aucune autorisation tacite ne peut être admise (le seul cas dans lequel une autorisation tacite est prévue est celui des cessions de droits réels sur le domaine public de l'État et de ses établissements publics, prévu par l'article R. 2122-20 du *CGPPP*, dans les conditions fixées par ce texte¹¹).

Cette liste comporte néanmoins une lacune de taille : elle ne concerne, pour l'essentiel, que le domaine public de l'État et de ses établissements publics, celui des collectivités territoriales n'ayant donné lieu à aucun texte (sauf s'agissant des dépendances du do-

4. V. *Cons. const.*, 21 juill. 1994, n° 94-346 DC, *Loi complétant le Code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, consid. 3 : *Rec. Cons. const.* 1994, p. 96.

5. V. *Cons. const.*, 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC, *Loi relative aux contrats de partenariat*, consid. 25 : *Rec. Cons. const.* 2008, p. 341. V. également *Cons. const.*, 3 déc. 2009, n° 2009-594 DC, *Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, consid. 15 : *Rec. Cons. const.* 2009, p. 200.

6. V. respectivement les articles L. 2122-1 et L. 2122-4 du Code général de la propriété des personnes publiques.

7. *CE*, 21 mars 2003, n° 189191, *Synd. Intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux* : *JurisData* n° 2003-065215 ; *Rec. CE* 2003, p. 144 ; *Contrats-Marchés publ.* 2003, comm. 128 ; *JCP A* 2003, 1484, note Moreau. Sur cet arrêt et, en particulier, l'inconstitutionnalité du mécanisme d'autorisation tacite d'occuper le domaine public, V. P. *Subra de Bieusses*, *La double illégalité des règles d'implantation des infrastructures de télécommunications sur le domaine routier et autoroutier* : *AJDA* 2003, p. 1935.

8. *D.* n° 2014-1282, 23 oct. 2014, *relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du 4° du I de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des Finances et des Comptes publics et ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique)*. V. J.-Ph. Derosier, *La nouvelle règle « le silence vaut acceptation » si rarement applicable* : *JCP A* 2014, 2305.

9. Le refus tacite intervient à l'issue d'un délai de quatre mois (et non deux) lorsqu'il apparaît à l'autorité gestionnaire du domaine public que tout ou partie des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont la réalisation est envisagée sont nécessaires à la continuité du service public auquel est affectée la dépendance du domaine public concernée par la demande et que le montant des travaux projetés est supérieur à 3 millions d'euros hors taxes (auquel cas l'accord du ministre de tutelle et du ministre chargé du domaine est requis).

10. *Idem*.

11. On notera cependant qu'il ne s'agit pas d'une autorisation d'occupation à proprement parler mais de l'agrément de la cession d'un droit réel lié à une autorisation existante.

maine public fluvial qui peuvent appartenir aux collectivités territoriales ou à leurs groupements en application des articles L. 2111-7 et L. 2111-10 du Code général de la propriété des personnes publiques).

Or, on ne voit pas comment le domaine public des collectivités territoriales – qui est soumis aux mêmes principes constitutionnels que celui de l'État – pourrait relever d'un régime d'autorisation tacite (indépendamment du fait qu'une dualité de régimes, selon l'identité du gestionnaire, ne contribuerait certainement pas à la « simplification » recherchée).

Il y aura donc lieu, sur ce point, de compléter les textes et on peut penser que de nouveaux décrets complètent prochainement la liste des dérogations au nouveau principe d'accord tacite (à tout le moins avant le 13 novembre 2015, date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 12 novembre 2013 s'agissant notamment des actes pris par les collectivités territoriales et leurs établissements publics).

Par ailleurs, le législateur pourrait profiter de la réforme de la loi du 12 avril 2000 pour revenir sur ce qui semble être une scorie de l'histoire, à savoir le quatrième alinéa de l'article L. 115-1 du Code de la voirie routière. Cet article dispose que : « Pour les travaux en agglomération qui n'ont pas fait l'objet de la procédure de coordination prévue ci-dessus, soit parce qu'ils n'étaient pas prévisibles au moment de l'élaboration du calendrier, soit parce que celui-ci n'a pas été établi, le maire, saisi d'une demande, indique au service demandeur la période pendant laquelle les travaux peuvent être exécutés. Le report par rapport à la date demandée doit être motivé. À défaut de décision expresse dans le délai de deux mois qui suit le dépôt de la demande, les travaux peuvent être exécutés à la date indiquée dans cette demande ».

C'est un mécanisme parfaitement similaire que le Conseil d'État a censuré dans son arrêt *SIPPEREC* précité. L'article L. 115-1 du Code

de la voirie routière est même plus attentatoire encore au principe constitutionnel de protection du domaine public : les dispositions censurées par le Conseil d'État dans l'arrêt *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux* précité étaient, en effet, limitées aux réseaux de télécommunications, alors que le Code de la voirie routière vise, quant à lui, tous types de « travaux affectant le sol et le sous-sol des voies publiques et de leurs dépendances ».

Il conviendrait donc d'abroger ce texte, faute de quoi il pourrait être censuré par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité introduite, par exemple, par un gestionnaire de voirie auquel un exploitant de réseau tenterait d'opposer l'existence d'un accord tacite à l'occasion de la réalisation de travaux. Il est en effet admis que les garanties offertes par les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen figurent au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit et peuvent donc être invoquées à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité¹².

MOTS-CLÉS : Domaine / Patrimoine - Domaine public

12. *Cons. const.*, 17 sept. 2010, n° 2010-26 QPC, consid. 6, SARL l'Office central d'accession au logement [Immeubles insalubres] : *JurisData* n° 2010-030631 ; *Rec. Cons. const.* 2010, p. 229 ; *JCP A* 2010, act. 693 ; *Cons. const.*, 6 oct. 2010, n° 2010-43 QPC, Époux A, consid. 3. [Transfert de propriété des voies privées] : *JurisData* n° 2010-030651 ; *Rec. Cons. const.* 2010, p. 268 ; *Cons. const.*, 8 avr. 2011, n° 2011-118 QPC, M. Lucien M. [Biens des sections de commune], consid. 5 : *JurisData* n° 2011-015897 ; *JCP A* 2011, act. 288. V. également : *Cons. const.*, 4 févr. 2011, n° 2010-96 QPC, M. Jean-Louis de L. [Zone des 50 pas géométriques], consid. 5 : *JurisData* n° 2011-014730.