



UNIVERSITÉ D'ORLÉANS



ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

LABORATOIRE COLLECTIVITES PUBLIQUES

THÈSE présentée par :

Hélène SAUGEZ

soutenue le : **1^{er} juin 2012**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université d'Orléans**

Discipline : Droit public

L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public.

THÈSE dirigée par :

Sophie NICINSKI Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.

RAPPORTEURS :

Stéphane DUROY Professeur à l'Université Paris Sud (Paris XI).

Bertrand SEILLER Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas.

JURY :

François PRIET Professeur à l'Université d'Orléans, Président du jury.

Florent BLANCO Professeur à l'Université d'Orléans, Co-directeur.

Stéphane DUROY Professeur à l'Université Paris Sud (Paris XI).

Sophie NICINSKI Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.

Bertrand SEILLER Professeur à l'université Paris II, Panthéon-Assas.

A mes grands-parents maternels

Remerciements

Je tiens à remercier particulièrement le Professeur Sophie Nicinski en tant que directrice de ma thèse tout au long de ces années ainsi que sa disponibilité. Je remercie également le Professeur Florent Blanco, pour sa co-direction et son implication. Je remercie aussi l'ensemble des Professeurs du jury, notamment les rapporteurs, pour avoir accepté cette offre.

Ma reconnaissance tout au long de ces années se porte également sur mon compagnon, mes parents, ma famille proche ainsi que sur mes ami(e)s et les relecteurs sans qui cette thèse n'aurait pas abouti.

ABREVIATIONS

Reuves :

AJDA : Actualité juridique du droit administratif.

AJDI : Actualité juridique du droit immobilier.

BJCP : Bulletin Juridique des contrats publics.

BJCL : Bulletin Juridique des collectivités locales.

CJEG : Cahier juridique de l'électricité et du gaz.

C-MP : Contrats-Marchés publics.

D : Recueil Dalloz.

DA : Droit administratif.

Droit : Droits, revue française de théorie juridique.

EDCE : Etudes et documents du Conseil d'Etat.

Gaz. Pal : la Gazette du Palais.

JCP A : La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales.

JCP E : La semaine juridique, édition entreprises et affaires.

JCP G : La semaine juridique, édition générale.

JCP N : La semaine juridique, édition notariale et immobilière.

LPA : Les Petites Affiches.

QUOT. JUR : Quotidien Juridique.

RA : La Revue Administrative.

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.

RFAP : Revue française de l'administration publique.

RFDA : Revue française de droit administratif.

RFDC : Revue française de droit constitutionnel.

REC. : Recueil Lebon du Conseil d'Etat.

RJEP : Revue Juridique de l'Entreprise publique.

S : Recueil Sirey.

Ouvrages :

GAJA : les Grands arrêts de la jurisprudence administrative.

Codes :

CGCT : Code Général des collectivités territoriales.

CGPPP : Code Général de la propriété des personnes publiques.

Autres :

ADP : société anonyme Aéroport de Paris.

APE : l'Agence des participations de l'Etat.

AFP : Agence France Presse.

AOTDR : Autorisation d'occupation temporaire constitutive de droit réel.

BEA : Bail emphytéotique administratif.

CEDH : Convention Européenne des droits de l'homme.

DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

EDF : Electricité de France.

EPA : Etablissement public administratif.

EPIC : Etablissement public industriel et commercial.

GDF : Gaz de France.

HLM : Habitation à loyer modéré.

LOLF : Loi organique relative aux lois de finances.

PPP : Partenariat Public-Privé.

RATP : Régie autonome des transports parisiens.

RFF : Réseau Ferré de France.

SEITA : Société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes.

SIEG : Service d'Intérêt Economique Général.

SNCF : Société nationale des chemins de fers français.

TCE : Traité instituant la communauté européenne.

TUE : Traité de l'Union européenne (depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009).

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : LA NATURE DE LA NOTION D’AFFECTATION DES BIENS A L’UTILITE PUBLIQUE.

Titre I : la notion d’affectation : une notion matérielle.

Chapitre I : Le sens et la portée de la notion d’affectation des biens à l’utilité publique.

Chapitre II : La notion d’affectation des biens à l’utilité publique : une notion guide au service du droit des biens.

Titre II : La notion d’affectation : un acte volontaire ou involontaire.

Chapitre I : L’affectation : un acte de gestion domaniale volontaire.

Chapitre II : L’affectation des biens : une justification efficace de la gestion autoritaire des biens par une autre personne que le propriétaire.

PARTIE II : LA PORTEE ET LES CONSEQUENCES DE LA NOTION D’AFFECTATION DES BIENS A L’UTILITE PUBLIQUE.

Titre I : L’impact de la notion d’affectation finaliste sur la délimitation et la protection du domaine public.

Chapitre I : L’affectation du bien : une notion guidant l’intensité du régime juridique du bien.

Chapitre II : Un régime juridique assurant la protection de l’affectation : le dépassement de la protection organique.

Titre II : La mise en avant de la notion d’affectation et de son régime juridique : un impact sur la gestion des biens.

Chapitre I : La valorisation des biens affectés à l’utilité publique : une voie ouverte grâce à de nouvelles techniques de financement.

Chapitre II: Les contours incertains de la valorisation des dépendances domaniales : entre mise en avant de l’affectation et risques encourus.

CONCLUSION GENERALE.

L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public.

INTRODUCTION

I- Objet de l'étude :

C. Lavalie, à propos du critère de l'affectation, énonce que : « la destination publique, en effet, provient du rattachement de ces dépendances à cet être collectif qu'est le public puisque c'est à l'usage de celui-ci qu'elles sont réservées. De ce point de vue, le domaine public est d'une certaine façon la forme réifiée du public. Il n'existe que par lui et rend visible cette collectivité humaine. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est, semble-t-il, consubstantiel à l'Etat, forme matricielle de l'institutionnalisation d'une société politique, à telle enseigne que l'on peut conjecturer qu'il ne saurait y avoir d'Etat sans domaine ».¹

La mesure du sujet se devine dans ces quelques phrases remarquables. La notion d'affectation représente le public et entretient un lien étroit avec le domaine public. Traiter de l'affectation des biens à l'utilité publique contribue nécessairement à nourrir les théories du domaine public. Longtemps ces théories ont soulevé la question de ce qui le composait. Depuis la fin du 19^{ème} siècle, la question majeure est celle du critère permettant de reconnaître les dépendances qui seront soumises à un régime particulier. Beaucoup de théories se sont affrontées et, plus tard, la jurisprudence ainsi que le législateur trancheront pour donner une définition du domaine public. Or, analyser l'affectation des biens à l'utilité publique participe également à cette définition et à la théorie générale du domaine public.

Les biens possédés par les personnes publiques, en France, sont divisés en deux catégories : les biens formant le domaine privé, soumis au régime juridique de la domanialité privée, et les biens formant le domaine public, soumis à celui de la domanialité publique. La différence entre les deux concerne l'affectation.

¹ C. Lavalie, « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G*, Tome 1, 1994, n° 3766, p. 260.

En effet, c'est notamment sur le domaine public que la notion d'affectation prend tout son sens. Les réflexions autour de l'affectation et, par conséquent autour du domaine public, ne sont pas nouvelles. Le domaine public nourrit depuis plusieurs siècles les travaux de nombreux juristes. L'affectation des biens à l'utilité publique, étant entendue que cette notion est une création assez récente, alimente aussi les recherches. Oubliée à certains moments de l'histoire du domaine public et sa composition, il y a un regain d'intérêt, ces dernières années, pour cette notion. Elle semble même confortée dans « son rôle de poutre maîtresse de la domanialité publique »².

Ce sujet s'inscrit dans un contexte plus global de transformation du modèle étatique, de globalisation du monde³ et d'augmentation incessante du marché, de ses lois souvent contraires aux logiques étatiques et du souci permanent de la rentabilité des activités de tous types marchandes ou non. Il ne faut pas non plus négliger l'impact des sources juridiques externes, particulièrement le droit communautaire qui va avoir différents impacts en droit positif français. Ces différents facteurs ont des répercussions en droit administratif français, notamment depuis l'automne 1973 et en 1974, période à laquelle des difficultés structurelles vont émerger, à savoir, les premières crises pétrolières, industrielles, le chômage ou encore l'importance des marchés financiers. On constate, ces dernières années, le recul de l'Etat dans de nombreux pays européens dont la France. A ce titre, le traditionnel interventionnisme de l'Etat français illustré par le service public à la française a cédé la place aux entreprises privées par de nombreuses privatisations et des déréglementations de pans entiers du secteur économique.

Ces éléments externes et internes touchent l'ensemble des branches du droit administratif comme, par exemple, les contrats ou la fonction publique. C'est sur le droit administratif des biens et en particulier la notion d'affectation des biens à l'utilité publique que notre étude va porter. Comme tout dérèglement et face à des phénomènes qui ne correspondent plus aux classifications du droit interne, la doctrine parle de « crise » dans tel ou tel domaine⁴. Un tel phénomène est à la base de notre réflexion sur la notion d'affectation en matière domaniale.

² Rapport de synthèse de J. Morand-Deville, *Réflexions sur le Code général de la propriété des personnes publiques, actes du colloque*, université de Lille II du 29 novembre 2006, présidé par Jacqueline Morand-Deville, sous la direction de Stéphane Guerard, Litec, 2007, p. 131.

³ J-B. Auby, « La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 20 novembre 2001, p. 912 et s.

⁴ J-J. Biennu, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, n°4, 1986, p. 93 et s.

L'affectation des biens à l'utilité publique n'est pas une notion inconnue en droit public. L'affectation d'un bien renvoie immédiatement à la destination donnée à celui-ci. Dans le *vocabulaire juridique* de G. Cornu, l'affectation est définie comme « la détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé »⁵. La destination en question est celle de l'utilité publique. En donnant un tel but à un bien, il y a la marque d'une volonté de faire de ce dernier une chose à part, répondant à des besoins particuliers. L'affectation en question intéresse la matière domaniale. C'est un usage attribué à une chose. Pour le commissaire du gouvernement R. Latournerie⁶, l'affectation : « c'est la détermination du but assigné à un bien ou à une institution juridique et qui donne à la fois, aux pouvoirs impartis aux autorités publiques qui ont à atteindre ce but, leur fondement et leur mesure. »

Ayant précisé la notion d'affectation⁷, que se cache-t-il derrière la notion d'utilité publique ? Nous verrons que la notion très vaste de l'utilité publique ne reçoit pas de définition précise, en revanche des analogies permettent d'en éclaircir le sens⁸. A l'origine, l'utilité publique était l'affectation à l'usage de tous, critère qui a été complété et concurrencé par la suite par celui de l'affectation à un service. L'utilité publique, dont il faudra préciser les contours, tourne autour de ces deux notions⁹. Ce sont essentiellement les biens affectés à l'utilité publique composant le domaine public immobilier des personnes publiques, mais aussi de manière plus étonnante des personnes privées, dans une moindre mesure. Les biens meubles sont exclus par conséquent de notre étude par le simple fait qu'ils ne répondent pas aux critères de l'affectation, comme les énonce clairement l'article L. 2112-1 du CGPPP¹⁰.

⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, édition, n°9, 2011 : entrée Affectation.

⁶ R. Latournerie, conclusions sur CE, 28 juin 1935, M. Marécar, *RD*, 1935, p. 590.

⁷ Notion détaillée dans le premier chapitre (Partie I, Titre I, Chapitre 1).

⁸ G. Jèze, « De la notion d'utilité publique », *RD*, 1921, p. 362.

⁹ Voir ces développements dans la Partie I, Titre I, chapitre 1.

¹⁰ L'article L. 2112-1 du CGPPP énonce : « Sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, notamment : 1° Un exemplaire identifié de chacun des documents dont le dépôt est prescrit aux fins de constitution d'une mémoire nationale par l'article L. 131-2 du code du patrimoine ; 2° Les archives publiques au sens de l'article L. 211-4 du code du patrimoine ; 3° Les archives issues de fonds privés entrées dans les collections publiques par acquisition à titre onéreux, don, dation ou legs ; 4° Les découvertes de caractère mobilier devenues ou demeurées propriété publique en application du chapitre 3 du titre II et du chapitre 1er du titre III du livre V du code du patrimoine ; 5° Les biens culturels maritimes de nature mobilière au sens du chapitre 2 du titre III du livre V du code du patrimoine ; 6° Les objets mobiliers classés ou inscrits au titre du chapitre 2 du titre II du livre VI du code du patrimoine ou situés dans un immeuble classé ou inscrit et concourant à la présentation au public de parties classées ou inscrites dudit immeuble ; 7° Les objets mobiliers autres que ceux mentionnés au 6° ci-dessus, présentant un intérêt historique ou artistique, devenus ou demeurés propriété publique en application de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat ; 8° Les collections des musées ; 9° Les œuvres et objets d'art contemporain acquis par le Centre national des arts plastiques ainsi que les collections d'œuvres et objets d'art inscrites sur les inventaires du Fonds national d'art contemporain dont le centre reçoit la garde ; 10° Les collections de documents anciens, rares ou précieux des

La notion de l'affectation des biens à l'utilité publique implique une décision politique ou juridique donnant une destination à un bien. Si la notion de biens sera ultérieurement précisée, il s'agit essentiellement des biens immeubles, notamment artificiels, qui nous intéressent dans le cadre de notre démonstration. Certains biens naturels pourront, certes, retenir notre attention, ils ne sont cependant pas au cœur de la notion d'affectation à l'utilité publique.

Si la notion d'affectation est un terme générique pouvant s'appliquer à différents domaines, elle prend un sens particulier en droit public des biens. Elle constitue, pour ce dernier, un critère de reconnaissance de l'appartenance d'un bien au domaine public et le fondement de son existence.

L'affectation apparaît, *de facto*, attachée à la notion de domaine public. Ses deux notions semblent indissociables. Il faut comprendre cette association presque automatique entre l'affectation et le domaine public. Le domaine, à proprement parler, est l'ensemble des biens, meubles ou immeubles, appartenant à une personne publique. La distinction établie entre le domaine public et le domaine privé intervient selon que les biens en question sont ou non affectés à l'utilité publique, par l'application des lois éventuelles ou la mise en œuvre des critères jurisprudentiels. La définition du domaine public a beaucoup évolué. D'une définition reposant sur l'énumération des biens, on est passé à une définition conceptuelle¹¹ notamment lorsque les biens étaient divisés entre ceux pouvant ou non être dans le commerce et donc soumis au droit de propriété. La théorie du droit de garde s'appliquait sur les biens non susceptibles d'un droit de propriété et hors du commerce. Avec l'apparition du droit administratif moderne, on entre dans une contradiction car uniquement les biens du domaine public doivent faire l'objet d'un véritable droit de propriété. Cette définition moderne conduit à élargir le domaine public aux biens affectés à un service public. Elle soumet des biens à un régime incompatible avec les règles du commerce alors que certains d'entre eux pourraient en relever.

La distinction entre le domaine public et le domaine privé est reprise dans la partie législative du CGPPP, qui consacre la plupart des critères jurisprudentiels¹². Cette distinction entre les biens entraîne l'application de régimes juridiques différents.

bibliothèques ; 11° Les collections publiques relevant du Mobilier national et de la Manufacture nationale de Sèvres. »

¹¹ H-G. Hubrecht, « Faut-il définir le domaine public et comment ? », *AJDA*, 21 mars 2005, p. 598 et s.

¹² L'article L. 2111-1 du CGPPP énonce : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué de biens lui appartenant qui sont soit affectés

Il faut, pour prendre la mesure de la signification du mot domaine, poser un regard historique¹³. Cette notion vient du droit romain, *dominium*, « qui qualifie-au Moyen-âge un pouvoir susceptible de s'imposer aux personnes, à un territoire ou aux biens, une « puissance » que l'on traduit généralement par seigneurie. Domaine finit par désigner plus précisément l'expression de la puissance sur les choses, délicate à définir au regard des catégories juridiques actuelles, mais qui recoupe principalement la disposition des droits utiles (*usus et fructus*) ou la réunion de ceux-ci et des droits éminents appelé alors *proprietas*. Le mot domaine est d'emploi général, à l'exemple de la saisine qui en est synonyme, et toutes personnes, privées ou juridiques, sont susceptibles de disposer d'un domaine ou d'exercer « en domaine » (comme possesseur effectif « des droits sur quelque chose »).¹⁴ On trouve ici une définition générale du terme domaine qui renvoie à l'idée de puissance davantage qu'à celle de propriété.

Au Moyen-âge, la distinction entre domaine public et privé n'existe pas et la notion de domaine public n'émergera qu'avec la disparition de la conception féodale du pouvoir. La féodalité repose sur des fiefs, c'est-à-dire des territoires donnés par l'empereur à un vassal en échange de services. Avec l'avènement des Capétiens, le Roi ne régit plus que son domaine. Les liens entre lui, les seigneurs et les vassaux se distendent, les fiefs devenant héréditaires. Le Roi n'était, par conséquent, plus le seul seigneur. En revanche, il était toujours respecté grâce à la référence à Dieu, son pouvoir thérapeutique et sa fonction sacrée. Les capétiens restaurent alors son autorité. La reconquête de son pouvoir vis-à-vis des vassaux ne peut se faire que si un territoire unique est organisé. Une remise en cause du système des fiefs est engagée en les incluant dans le royaume. La fin de l'hérédité des fiefs ainsi que celles des relations personnelles entre roi et vassaux sont décidées. C'est la naissance du territoire à savoir un espace politique unifié. Sous les Mérovingiens et moins sous les Capétiens se dessine une vision privative du pouvoir. Les biens appartiennent aux rois et aux seigneurs et sont transmissibles. En effet, le pouvoir étant héréditaire, les biens passent d'une main à l'autre, de manière privative. G. Leyte¹⁵ explique que la distinction entre le domaine et le royaume apparaît avec l'extension de la souveraineté royale. Le premier correspond alors à l'ensemble des possessions royales tandis que le second correspond au territoire où le Roi

à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

¹³ Voir pour une étude historique d'ensemble de la domanialité publique : G. Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France Médiévale (XIIe-XVe siècles)*, Presses universitaires de Strasbourg, 1996.

¹⁴ Voir notamment pour la définition du domaine, *Dictionnaire de la culture juridique*, G. Leyte, p. 406 : entrée domaine.

¹⁵ G. Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France Médiévale (XIIe-XVe siècles)*, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, p. 195 et s.

exerce son autorité. Ce royaume est exempt de toute référence à la propriété, même privée. Peu à peu, le domaine s'agrandit jusqu'à devenir tellement précieux que l'Edit de Moulins de 1566¹⁶ prend des mesures draconiennes pour le protéger des dilapidations. Or, sur certains biens appartenant à ce vaste domaine, le monarque pratique un certain nombre de droits, indépendamment de celui de la propriété, dans l'intérêt du public. En effet, concernant les biens servant l'intérêt collectif comme les routes ou les fleuves qui servaient beaucoup à cette époque, le roi impose un droit d'utilisation pour tous. Ce sont les prémices de l'affectation des biens à l'utilité publique, même si à cette époque, il est anachronique de parler du critère de l'affectation. Ces biens servant le public font alors l'objet d'une attention particulière. Un autre élément fondamental apparaît également pour la suite, c'est le détachement entre le Roi et la Couronne qui annonce la création de l'Etat. Le Roi exerce, certes, la souveraineté mais en ce qui concerne les dépendances domaniales, il ne les possède pas. Elles appartiennent à la Couronne. S'opère ainsi un détachement entre la personne du Roi et l'institution qu'il représente¹⁷. Les biens n'appartiennent donc pas au Roi mais à une entité juridique, la Couronne, et plus tard, l'Etat.

Ce détachement entre les biens et la personne du Roi a permis l'encre de la règle de l'inaliénabilité du domaine et de son corollaire, l'imprescriptibilité domaniale¹⁸. Ces principes, nous le verrons, constituent encore aujourd'hui, les principaux traits du régime s'appliquant au domaine public. Mais, dès sa création, des exceptions ont été prévues dans les textes et sont toujours valables à l'heure actuelle. Il s'agit, d'une part, des apanages, des démembrements du domaine consentis aux fils puînés. Ces dépendances retournaient au sein du domaine de la Couronne¹⁹ si aucun mâle ne naissait. D'autre part, font figurer d'exceptions, les engagements domaniaux. Il s'agit de donner un bien en guise de sûreté en échange d'une somme d'argent. Ces deux principales exceptions ont été reprises par l'Edit de Moulins.

¹⁶ Edit de Moulins de février 1566 : Ce texte est considéré à l'époque comme une loi fondamentale du royaume. Aujourd'hui, il a valeur de loi en droit positif. Il est considéré comme un acte créateur de droits. Cet édit a probablement été rédigé par M. de l'Hospital. Sa première vocation visait la politique étrangère car on ne voulait pas qu'un traité international sépare le domaine de la Couronne. Sa seconde vocation était interne : unir le domaine royal et ne pas l'aliéner à des seigneurs indépendants. Voir notamment R. Descimon, « L'Union au domaine royal et le principe d'inaliénabilité. La construction d'une loi fondamentale aux XVI et XVII siècles », *Droits*, n°22, 1995, p. 83.

¹⁷ Voir sur ce point nos développements dans le chapitre 2 du Titre I de la première partie.

¹⁸ On date la naissance de la règle de l'imprescriptibilité du domaine royal à partir de l'Edit de 1539 pris par François I^{er}. Cette règle, à l'époque, excluait toute possession trop longue du domaine de la Couronne. Elle fut confirmée par un Edit de 1667.

¹⁹ Aujourd'hui, il s'agirait du domaine public.

C'est alors sous l'Ancien Régime que l'on trouve les prémices du domaine public, ancien domaine de la Couronne. En instaurant un régime particulier relatif à ce domaine de la Couronne, la royauté voulait préserver un certain nombre de biens considérés comme indispensables à la société. Cependant, les droits seigneuriaux et féodaux participaient à une vision encore très privative des biens domaniaux.

Avec la Révolution française, les conceptions changent radicalement. Les principes de souveraineté et de propriété vont être nettement distingués, notamment grâce aux lois des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 ainsi que du 14 ventôse an VII donnant naissance au Code domanial. L'Etat est titulaire du domaine national, ancien domaine de la Couronne, qui se compose par exemple des chemins publics, des rivages, des fleuves et de la mer ou encore des biens vacants et sans maître. Quant à la Nation, elle détient une propriété, semble-t-il, pleine et entière sur ce domaine. Cette propriété semble pleine et entière. La Nation peut aliéner les biens du domaine national si une loi l'autorise. Le principe de l'inaliénabilité semble complètement inversé au profit d'une aliénation sous condition. Cette transformation est, en partie, reprise dans le Code civil aux articles 538 et suivants²⁰. Le Code Civil, en référence aux conceptions doctrinales de l'époque, intègre la distinction entre les choses insusceptibles de propriété privée composant le domaine public et celles susceptibles de propriété privée²¹. Au lendemain de l'adoption de ce Code, il n'y a pas de révolution car il opère une simple énumération des biens appartenant à l'Etat. Il faut attendre 1830 pour voir apparaître la distinction entre le domaine public et le domaine privé grâce aux travaux des civilistes de l'époque²². La distinction s'opère d'abord entre le domaine public et le domaine de l'Etat. Ce dernier deviendra par la suite, le domaine privé. On prend conscience que certains biens, au sein du domaine public, nécessitent une protection particulière. Le principe d'inaliénabilité, altéré sous la Révolution française, reprend de la vigueur. Il s'agit moins, comme sous l'Ancien Régime, d'éviter la dilapidation du Royaume, mais plutôt d'assurer le respect de la destination des choses communes. Cependant, la distinction entre ce qui doit appartenir au

²⁰ L'article 538 du Code Napoléonien énonce : « les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public. »

L'article 539 énonce quant à lui : « Tous les biens vacants et sans maître et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public. »

L'article 540 énonce : « Les portes, murs, fossés et remparts des places de guerre et des forteresses font aussi partie du domaine public. »

L'article 541 énonce enfin : « Il en est de même des terrains, des fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre. »

²¹ Voir ces explications concernant les influences doctrinales de l'époque, au cours de nos développements dans la Partie I du Titre I du chapitre 2.

²² M. Lagrange, « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDV*, 1974, p. 9 et s.

domaine public et les autres biens n'a jamais été claire, notamment du régime napoléonien jusqu'au second empire. Jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle, la distinction entre ces domaines est fondée sur la nature des biens, ce qui s'explique notamment par l'influence, à l'époque, des théories de Proudhon²³. Pendant cette période, on va également considérer que l'Etat n'est pas titulaire d'un « vrai » droit de propriété sur ses biens mais seulement d'un droit de garde et de surintendance.

Il faut attendre finalement le début du 20^{ème} siècle pour que la doctrine et la jurisprudence apportent des éléments de réponse sur la répartition des biens, entre ceux qui méritent une protection au nom de leur utilité publique et les autres²⁴. C'est à ce moment que la notion d'affectation des biens fait son apparition. Celle-ci prend le relais sur la nature des biens pour faire la différence entre les domaines public et privé²⁵. Le système français intègre alors parfaitement l'idée que les biens recevant une affectation à l'utilité publique puissent déroger à l'exercice du droit de propriété privée classique. Le critère de l'affectation, qui fera l'objet de toute notre attention, s'est d'abord manifesté pour les biens affectés à un service public. Puis, plus tard, l'affectation à un simple usage direct du public suffira pour faire entrer un bien dans le domaine public²⁶. A la même époque, la doctrine se penche également sur la question de la nature du droit qu'exercent l'Etat et les autres personnes publiques, sur ces biens affectés et plus généralement sur les biens des domaines publics et privés. Plusieurs théories doctrinales s'affrontent²⁷ : celles défendues en leur temps par J-B. Proudhon²⁸ ou encore H. Berthélémy²⁹ selon lesquelles les personnes publiques ne sont pas titulaires d'un droit de propriété. La thèse de la propriété administrative de M. Hauriou³⁰ ou encore la théorie proposée plus récemment par P. Yolka³¹ d'une propriété de même nature que celle de la propriété du Code Civil.

Aujourd'hui, la majorité de la doctrine contemporaine reconnaît que la propriété des personnes publiques sur leur domaine public est distincte de la propriété du droit privé dans la

²³ Voir les détails de cette théorie dans la Partie I, du Titre I, du chapitre 2.

²⁴ Voir pour les développements ultérieurs sur ce point dans les chapitres 1 et 2 du Titre I de la Partie I.

²⁵ Voir les explications plus détaillées sur ce point au cours des développements dans la Partie I, du Titre I, du chapitre 2

²⁶ Voir les développements concernant ces différentes affectations dans la Partie I, Titre I, chapitres 1 et 2.

²⁷ Voir des éléments sur ce débat doctrinal dans la Partie I, Titre I, chapitre 2.

²⁸ J-B. Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Victor Lagier, 1833-1834. Doctrine que nous reverrons notamment dans la Partie I, Titre I, chapitre 2.

²⁹ H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11^{ème} édition, librairie Arthur Rousseau, 1933. Doctrine que nous étudierons notamment dans la Partie I, Titre I, Chapitre 2.

³⁰ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} édition, 1933.

³¹ Voir pour un rappel de ces thèses la Partie I, Titre I, chapitre 2.

mesure où elle se caractérise par l'existence de l'affectation du bien à l'utilité publique, qui a pour effet de paralyser les conséquences du droit de propriété. Mais cette propriété publique est autonome. La vraie différence c'est donc l'affectation qui donne une nature particulière et marque l'exercice du droit de propriété de la personne publique. Tout l'enjeu de la thèse de P. Yolka est de démontrer que les personnes publiques sont titulaires d'un véritable droit de propriété mais d'une autre nature que celui du code civil. Si ce constat emporte notre adhésion, il en va autrement quand l'auteur défend l'idée que la propriété est le fondement exclusif des pouvoirs de gestion domaniale.

Devant le silence du législateur pendant la moitié du 20^{ème} siècle, il est revenu à la doctrine et à la jurisprudence d'édifier toutes les règles concernant la nature du droit exercé par les personnes publiques sur leurs dépendances ainsi que les critères concrets permettant d'identifier un bien comme faisant partie du domaine public ou privé. Une partie des réponses doctrinales va trouver un écho positif en jurisprudence. Aussi, en l'absence de dispositions législatives particulières, ce sont les critères posés par les juges qui s'appliquent pour savoir si un bien intègre le domaine public ou non³². Avant l'adoption du CGPPP, au premier rang, est exigé le critère organique de la propriété publique Un bien ne peut faire partie du domaine public que s'il est la propriété d'une personne publique³³. A cela s'ajoute un critère matériel, celui de l'affectation. Le bien n'intègre le domaine public qu'à la condition qu'il reçoive une affectation à l'usage direct du public ou à l'exécution d'une mission de service public³⁴. Enfin, un dernier critère, complétant le critère matériel, est exigé celui d'un aménagement spécial³⁵. Celui-ci n'est apparu en jurisprudence que dans les années soixante pour tenter d'enrayer les premiers signes de la crise affectant le domaine public. En effet, victime de son succès, le domaine public a progressivement accueilli énormément de biens. Les propriétaires publics, enthousiastes à l'idée d'augmenter leur patrimoine, ont approuvé cette vague de rentrée des biens. La doctrine de l'époque³⁶, dénonçant cette situation, a alors contribué à

³² Voir notamment pour cette présentation : L. Rapp, « Entrée et sortie des biens (la propriété « choisie ») », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 918.

³³ CE, avis, n°370.252, 10 juin 2004, Agence-France-Presse, Conseil d'Etat, Rapport public 2005, jurisprudence et avis, 2004, études et documents n°56, Responsabilité et socialisation du risque, la Documentation Française, 2005, p. 184. Question notamment traitée dans la Partie I, Titre I, Chapitre 2.

³⁴ R. Latournerie, conclusions sur CE, 28 juin 1935, M. Marécar, *RDP*, 1935, p. 590 ; CE, Ass. 20 avril 1960, Berthier, Rec. Conseil d'Etat, p. 264 ; *RDP*, 1960, p. 1223, concl. M. Henry; *AJDA*, 1960, I, p. 78 ; CE, 19 octobre 1956, Société Le Béton, *RDP*, 1957, p. 310, conclusions M. Long.

³⁵ Cf. jurisprudence *supra* note n°34, hormis l'arrêt Marécar.

³⁶ Voir notamment : M. Gros, « Affectation et domanialité publique », *RDP*, 1992, p. 749 et s ; F. Hervouët, « L'utilité de la notion d'aménagement spécial dans la théorie du domaine public », *RDP*, 1983, p. 135 et s ; G. Liet-Veaux, « Hypertrophie pathologique de la notion de domaine public », à propos de l'arrêt du CE, 28 janvier 1970, Consorts Philip-Bingisser, *RA*, 1970, p. 297 et s.

l'émergence du critère de l'aménagement spécial. Ce dernier devait corroborer l'affectation du bien en prouvant que la dépendance avait reçu les aménagements nécessaires à l'affectation donnée.

Cette politique jurisprudentielle est un échec provenant, en partie, d'un certain laxisme des juges. Ces derniers se sont contentés d'aménagements légers voire simplistes ne favorisant pas la réduction de la consistance du domaine public. Par conséquent, cette augmentation en volume de la consistance du domaine public a eu comme conséquence immédiate une augmentation de même ampleur du régime juridique applicable au domaine public à savoir la domanialité publique. Au départ, applicable à des biens très spécifiques. Il a été ensuite étendu par la jurisprudence à tous les biens immobiliers de personnes publiques affectés soit à l'usage du public, soit à un service public, tous deux représentant les modalités de l'utilité publique. Cette expansion est critiquable dans le sens où elle aboutit à appliquer un même régime à des situations très différentes. Cela s'explique notamment par le fait que la domanialité est là pour assurer la pleine disponibilité d'un bien à son affectation. Donc, le domaine public a eu tendance à englober toutes les propriétés publiques affectées à l'usage du public ou à un service public.

A ce problème d'hypertrophie domaniale s'ajoute, à partir des années quatre-vingt, celui de la rentabilisation des domaines appartenant aux personnes publiques. Non seulement, les biens, dorénavant intégrés au domaine public, sont conséquents, mais en plus, les personnes publiques titulaires d'un domaine public se sont aussi diversifiées. Enfin, un problème de financement de ces biens commence à se poser. Les personnes publiques doivent faire face, à la fois, à l'entretien des biens acquis, mais elles doivent également attirer des personnes privées sur leurs dépendances afin d'en assurer la rentabilité. Ce mouvement de valorisation économique des propriétés publiques entraîne un certain nombre de difficultés. L'heure est, partout, à la déréglementation, à la flexibilité et les propriétés publiques ne sont pas épargnées. C'est une dimension nouvelle en droit administratif. Il y a une prise de conscience que l'économie joue un rôle même au sein du droit administratif qui se veut un droit autonome. Non seulement, les éléments du droit administratif comme les biens ont une valeur économique, que l'administration ne peut plus ignorer. Mais en plus, une analyse économique, notamment par le droit public économique, permet de penser différemment les problèmes et peut amener des réponses nouvelles. Or, soucieuses de voir leur domaine rentable, les personnes publiques, aidées par le législateur³⁷, réfléchissent à l'attractivité de

³⁷ Loi du 5 janvier 1988, loi d'amélioration de la décentralisation, n°88-13, *JO* du 6 janvier 1988, p. 208.

leurs territoires. L'intervention du Parlement français est nécessaire car ce mouvement heurte de plein fouet les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public. En attirant des investisseurs privés sur le domaine public, le risque est d'autoriser des droits réels, assimilables au droit de propriété, sur le domaine public³⁸.

Ce mouvement de valorisation économique du domaine public pose, en soi, un premier problème, celui de son ampleur, pas toujours justifiée. S'ajoute à cela, une seconde difficulté, celle d'une remise en cause de la spécificité même du domaine public. Cette remise en question provient notamment de l'intervention législative qui décline et retire du secteur public un certain nombre de biens qui appartenaient auparavant au domaine public. Si le mouvement engagé par le législateur au milieu des années quatre-vingt-dix est plus ou moins contraint³⁹, il n'empêche pas de constater que des biens sont encore affectés à l'utilité publique, comme à un service public et font l'objet d'une propriété privée. Force est de constater qu'un des critères de reconnaissance du domaine public est atteint. Echappant au régime de la domanialité publique, accusé de faire peser des règles trop strictes réfractaires à toute valorisation économique, ces biens privés affectés à un service public vont pourtant recevoir l'application d'un régime juridique marqué par des règles de quasi « domanialité publique ». Par conséquent, l'incohérence au sein des propriétés publiques est flagrante. Les trois notions de propriété, domaine et domanialité publics sont ébranlées⁴⁰. S'agissant de la première, il n'est plus exact, au regard du droit positif décrit ci-dessus, d'affirmer que tous les biens affectés à l'utilité publique doivent être la propriété de personnes publiques. Cette condition demeure indispensable pour intégrer un tel bien au sein du domaine public mais non pas pour satisfaire l'exigence de l'affectation. S'agissant du domaine public, il est non seulement trop vaste mais il a, en plus, perdu de sa spécificité, car on trouve des biens affectés à l'utilité publique en dehors du domaine et, *a fortiori*, de la propriété publics. Enfin, s'agissant de la domanialité publique, elle est considérée comme un régime juridique beaucoup trop strict notamment pour permettre la valorisation économique des dépendances domaniales. Le législateur et les personnes publiques, quand elles le peuvent, sortent des biens du domaine public. Pourtant, pour ceux d'entre eux qui restent affectés à un service public, un régime juridique comparable à celui de la domanialité publique est appliqué.

Loi du 25 juillet 1994, complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n°94-631, *JO* du 26 juillet 1994, p. 10749.

³⁸ Voir l'explication de ce phénomène de valorisation et les problèmes suscités en matière domaniale dans notre Partie II.

³⁹ Voir les détails sur ce mouvement jurisprudentiel impulsé en partie par la Commission européenne : Voir Partie II, Titre I, chapitre 1 et 2.

⁴⁰ Cf. *supra* note n° 3, p. 918 et s.

Le législateur justifie cette pratique par le fait que les ressources sont rares. Une politique de destruction des monopoles a été enclenchée aboutissant à une privatisation croissante de l'affectataire des biens. Il semble que l'on soit dans une impasse. La lisibilité du droit en ce qui concerne les propriétés publiques n'est pas claire et le droit positif freine les activités des personnes publiques. Cette situation contraint non seulement le législateur à intervenir massivement en créant des régimes dérogatoires à la domanialité publique mais elle pousse aussi les personnes publiques à recourir à des montages financiers et à des techniques juridiques proches de l'illégalité.

Ce constat, datant déjà du début des années quatre-vingt dix et qui s'est accéléré au début du 21^{ème} siècle, a toutefois abouti à différentes réformes, notamment celle de l'intervention du CGPPP par l'ordonnance de 2006⁴¹. Ce dernier apporte des réponses intéressantes sur certains points essentiels, comme la volonté de restreindre le domaine public ou encore l'assouplissement du régime de la domanialité publique. Toutefois, le code n'apporte pas de révolution en matière de droit des biens publics dans le sens où il conserve « le triptyque »⁴² de la propriété, du domaine et de la domanialité publics. Il reste dans les canons classiques de la pensée en matière domaniale et se place sous le signe de la propriété publique par l'appellation même du Code. Il ne résout pas la situation décrite précédemment et n'apporte que des solutions partielles aux problèmes énoncés. Si ce Code est réformateur, il n'est pas révolutionnaire.

⁴¹Ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, n°2006-460, *JO* du 22 avril 2006, p. 6024. Voir notamment les auteurs ayant participé à cette réforme : C. Maugué et G. Bachelier, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1073. Ordonnance ratifiée par la loi du 12 mai 2009, loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, n°2009-526, *JO* du 13 mai 2009, p. 7920 ; C. Maugué et G. Bachelier, « La ratification du Code Général de la propriété des personnes publiques, enfin ! », *AJDA*, 2009, p. 1177 ; Décret du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques, *JO* du 24 novembre 2011, p. 19708. Décret attendu depuis plus de cinq ans marquant une étape importante dans la réforme du droit de la propriété publique. Ce décret n'apporte pas de bouleversements majeurs mais il s'attache surtout à recodifier à droit constant la partie réglementaire du Code du domaine de l'Etat et tend à modifier certaines dispositions réglementaires du CGCT. Il comprend 441 articles.

⁴² S. Nicinski, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », voir Mélanges J. Morand-Deville, p. 659 et s.

II- Questions soulevées :

Il faut alors aller dans une logique différente de la propriété publique en matière domaniale. L'affectation n'apparaît-elle pas alors comme la solution à cette crise ? Sa mise en avant pourrait-elle servir à la redéfinition du domaine public afin de lui redonner sa cohérence ? On est aussi en droit de se demander si le critère organique de la propriété publique doit être remis en cause dans l'identification du domaine public et des biens affectés à l'utilité publique ? Le critère matériel ne pourrait-il pas suffire à définir les biens publics nécessitant une protection particulière car destinés à satisfaire un besoin public ?

L'affectation ne pourrait-elle éclairer les contours du domaine public, et engendrer, à elle seule, l'application d'un régime juridique plus ou moins contraignant ?

On aboutit alors à une véritable redéfinition de l'affectation, de son rôle au sein du domaine public et au-delà ainsi qu'à une dissociation des critères de la propriété et de l'affectation publique, les uns pouvant fonctionner sans les autres et engendrer à eux seuls un régime juridique distinct. En 2006, au commencement de nos interrogations sur l'affectation des biens à l'utilité publique, le sujet est au cœur de l'actualité puisque la partie législative du CGPPP vient d'être adoptée. Cette dernière voit le jour par l'adoption d'une loi d'habilitation du Parlement autorisant le gouvernement à intervenir, par voie d'ordonnance, pour réformer le droit des propriétés publiques⁴³. Cette réforme est très attendue tant par la doctrine que les praticiens. La codification se fait à droit non constant qui annonce alors des choix opérés par le législateur. La question récurrente et logique succédant à l'adoption du CGPPP est la suivante : la réforme opérée a-t-elle eu comme impact de résoudre la crise affectant le domaine et les propriétés publiques en général ? Quelle est la vision choisie par le législateur dans ce Code ? Sur quelle logique se fonde cette réforme importante de la propriété publique ?

L'enjeu est de montrer que le droit des biens publics s'est forgé sur le droit de propriété reconnu à différentes personnes publiques que nous évoquerons. Par conséquent, cette vision critiquée⁴⁴ comme mettant en péril l'affectation des biens à l'utilité publique, est-elle toujours en vigueur dans le CGPPP ? Le régime domanial est-il centré sur la propriété publique ou

⁴³Cf. *supra* note n°41.

⁴⁴ J-P. Brouant, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie, atteinte ? », *LPA*, 15 juillet 1994, n°84, p. 21 et s.

d'avantage sur l'affectation ? Autrement dit, la logique propriétaire est-elle toujours en vigueur au détriment de l'usager du domaine public ?

L'intérêt premier de mettre en avant la notion matérielle de l'affectation est de tenter d'apporter une réponse au désordre actuel du droit positif, en droit public des biens. Il s'agit de prendre conscience du rôle de l'Etat au sein du droit public des biens. Ce rôle n'est plus seulement un rôle de propriétaire mais également de régulateur et de protecteur de l'utilité publique. Il n'y a alors plus besoin de se soucier du propriétaire du bien en question.

III- Des questions actuelles au centre des préoccupations théoriques et pratiques.

Les mouvements affectant le droit des biens public participent d'un mouvement général de la réforme de l'Etat engagée depuis les années deux-mille⁴⁵. Cette démarche correspond à l'objectif de performance exigé par la LOLF de 2001⁴⁶. Cette réforme d'ampleur touche différents pans de la société comme la fonction publique, les collectivités territoriales, en passant par les finances publiques où l'on souhaite inculquer une culture de résultats plutôt que de moyens. Or, le CGPPP participe de cette politique de grande envergure qui n'a d'ailleurs pas déployé tous ses effets. L'adoption de ce code est l'aboutissement d'un constat général que le droit de la propriété publique est devenu obsolète sur certains points et qui surtout ne reflète plus le droit positif.

Les fonctions étatiques ont changé depuis une trentaine d'années, au profit de nouvelles permettant une gestion plus souple dans certains secteurs mais au détriment aussi d'autres fonctions qui restent fondamentales. On doit faire face aujourd'hui à un Etat endetté. Par conséquent, les problèmes de rentabilité se retrouvent dans d'autres domaines que le droit public des biens comme, par exemple, dans la fonction publique ou dans les contrats publics. C'est encore la question de l'impact de l'économie et du droit public économique qui se pose. La rentabilité et l'ouverture des marchés laissent place à de nouvelles missions de l'Etat qui n'apparaît plus seulement comme un Etat propriétaire, mais aussi comme un Etat régulateur,

⁴⁵ Loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, n°2001-692, JO du 2 août 2001, p. 12480 : réforme introduisant, notamment au sein des finances publiques, la réforme de l'Etat. Réforme organisant la procédure budgétaire autour de deux grands principes à savoir une logique de performance de la gestion publique et une transparence de l'information budgétaire pour un contrôle plus étroit des finances par le Parlement sur l'exécutif. Cette loi organique est entrée en vigueur pour la loi de finances de 2006.

⁴⁶ LOLF signifie Loi organique relative au loi de finances.

actionnaire, un interlocuteur des entreprises privées. Ces nouveaux défis que doit relever l'Etat ont de lourdes répercussions encore mal évaluées. Il n'est pas question pour autant, de faire perdre à l'Etat sa vocation première, à savoir celui d'une personnalité morale désintéressée et soucieuse avant tout de la satisfaction de l'intérêt général. Qui mieux que l'Etat peut agir en ce sens et ainsi préserver les intérêts de la collectivité ? Il doit se comporter comme un arbitre, comme un garant, comme un « bon père de famille »⁴⁷, comme un gardien de l'intérêt supérieur de la Nation, sans pour autant donner la priorité à son statut de propriétaire public. Ce sont ces différentes facettes qui sont en cause dans la thématique de l'affectation des biens à l'utilité publique, comme dans d'autres branches du droit public. L'étude suivante devra mettre en avant le recul du critère organique, voire son inutilité en matière de domanialité publique. Ce constat participe aussi du recul de ce critère comme critère d'identification et d'application du droit public, comme par exemple, en matière de contrats publics ou de service public. Cependant, dans ces domaines cette idée est admise depuis longtemps ce qui n'est pas le cas en matière de droit administratif des biens.

L'idée majeure qui doit guider notre démonstration est de proposer une logique différente de la propriété publique. Le code, pour répondre succinctement aux questions posées précédemment, n'atteint que partiellement cet objectif. S'agissant de l'entrée des biens dans le patrimoine public⁴⁸, il réaffirme avec fermeté la primauté de la condition d'appartenance du bien à une personne publique. La définition du domaine public notamment, n'est donc pas débarrassée du critère organique. Certes, le législateur délégué recentre l'inaliénabilité sur son fondement principal, à savoir, l'affectation et non le bien en lui-même. Soulignons que le Code accorde une attention particulière au critère de l'affectation, mais dans une moindre mesure. Même s'il permet davantage de souplesse sur différents points comme, par exemple, la domanialité publique ou les transferts de biens entre les personnes publiques, il est soucieux du respect de l'affectation que le bien a pu recevoir. Le Code est surtout intéressant car le critère de l'affectation publique peut concerner le domaine privé

⁴⁷ Expression que l'on retrouve notamment dans les articles suivants du Code civil : article 627 : « L'usager, et celui qui a un droit d'habitation, doivent jouir en bons pères de famille. » Article 1137 du Code Civil : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. » Article 1880 : « L'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu. »

⁴⁸ Voir les détails des notions de patrimoine et de domaine public dans la Partie I, Titre I, Chapitre 1.

d'une personne publique. L'affectation publique sert « de visa d'entrée et de sortie des biens et droits, propriété des personnes publiques, dans la domanialité publique. »⁴⁹

Le code poursuit, s'agissant des problématiques qui nous intéressent, deux buts principaux à savoir le recentrage de la domanialité publique sur l'essentiel et un assouplissement général de la règle de l'inaliénabilité du domaine public qui paralyse l'action des personnes publiques. La logique qui sous-tend le Code : faire de la domanialité publique un régime d'exception. Cette demande, pourtant ancienne⁵⁰, a pris tout son sens ces dernières années face à une crise étendue d'identification du domaine public. Le régime juridique s'appliquant au domaine public, à savoir la domanialité publique, doit rester un régime d'exception. Le Code va dans cette direction mais fait une application *a minima* de ces préceptes. Au fil du temps, de part une mise en œuvre facilitée du régime de la domanialité publique, le domaine public s'est agrandi de façon trop importante. La catégorie juridique du domaine public est devenue considérable et a entraîné la mise en œuvre d'un régime juridique dérogatoire au droit commun à des biens dont l'affectation n'était pas réellement prouvée. Or, une des solutions à envisager pour éviter cette application systématique de ce régime juridique est d'affirmer qu'il doit rester exceptionnel et lié à l'affectation. Seule celle-ci peut justifier le recours à des principes juridiques dérogatoires au droit commun. Il faut se rendre à l'évidence ; le domaine public est une fiction juridique qui n'existe pas en tant que tel⁵¹. Ce n'est qu'à partir du moment où, une décision juridique est prise pour affecter un bien à l'utilité publique, que celui-ci quitte son statut de bien commun pour devenir un « hors du commun » dans la mesure où il est soumis à un régime juridique dérogatoire à celui de la propriété privée. C'est un état artificiel pour répondre à des besoins humains mais il peut également être passager dès lors que l'affectation disparaît, le régime dérogatoire cesse de s'appliquer.

En somme, l'affectation emporte la mise en œuvre de règles dérogatoires à la propriété privée. Au départ, tous les biens sont dans la même situation, qu'ils soient dans les mains d'une personne privée ou publique. En effet, les biens non affectés détenus par les personnes publiques répondent, à quelques exceptions notables, au régime juridique de droit privé des biens communs. En revanche, dès lors qu'un bien reçoit une destination publique pour

⁴⁹ Voir ces propos tenu par L. Rapp à propos du critère de l'affectation au sein du CGPPP : *supra* note n°33, p. 923.

⁵⁰ Cf. *supra* note n° 1, p. 263 et s.

⁵¹ Cf. *supra* note n°1, p. 264.

satisfaire un besoin d'intérêt général⁵², le régime de la domanialité publique trouvent à s'appliquer. On peut d'ores et déjà souligner, d'une part, que la nature du propriétaire du bien importe peu préoccupante en matière de biens affectés à l'utilité publique. D'autre part, l'application d'un régime dérogatoire au droit des biens commun, liée à la notion d'affectation, peut très bien revêtir une autre forme que la domanialité publique. L'essentiel est que l'affectation soit préservée au moyen des règles les plus adaptées à la nature et au type de l'affectation en question.

Les développements qui vont suivre ont pour enjeu de montrer en partie que c'est avant tout le critère de l'affectation qui sert de fondement à l'application de règles particulières visant à la protéger. Le régime qui s'applique à un bien affecté doit être détaché de la notion de propriété. Pour autant, il ne s'agit pas d'une remise en question globale de la propriété des personnes publiques, qui demeurent titulaires de biens meubles et immeubles pour leur fonctionnement, comme toute personne privée.

Le droit de propriété s'illustre par la mise en œuvre de trois prérogatives qui sont l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus*⁵³. Or, ces trois caractéristiques du droit de propriété ne sont pas les éléments qui le caractérisent mais plutôt les pouvoirs qu'un propriétaire exerce sur une chose. Le fait de dissocier ces prérogatives d'un propriétaire ou de supprimer l'une d'entre elles, ne lui fait pas perdre sa qualité de propriétaire. C'est ce que nous proposons de démontrer afin de prouver que le pouvoir d'affecter une chose à l'utilité publique n'est pas qu'une prérogative du propriétaire. Certes, ce dernier possède en a souvent la capacité car c'est un acte de gestion domaniale. Mais l'association entre le statut de propriétaire et le pouvoir d'affectation n'est pas automatique⁵⁴. L'un peut fonctionner sans l'autre, sans pour autant que la qualité de propriétaire soit remise en cause.

Nos propos n'iront pas pleinement dans le sens des réponses apportées par le CGPPP aux différents problèmes énoncés. En effet, afin de mieux comprendre les mouvements affectant le droit positif, nous proposons d'aller plus loin en tentant de démontrer que le critère de la propriété publique n'est pas un préalable nécessaire à la protection des biens affectés. Sans vouloir remettre en cause ce droit de propriété que possèdent les personnes publiques au même titre que les personnes privées, il faut démontrer que ce dernier n'est pas obligatoire

⁵² Voir l'analyse de la distinction entre l'utilité publique et l'intérêt général dans nos développements de la Partie I, Titre I, Chapitre I.

⁵³ Voir des développements plus précis sur ce point dans la Partie I.

⁵⁴ C'est notamment ce que P. Yolka démontre dans sa thèse. En effet, pour lui, la propriété est le pouvoir d'affecter une chose à une utilité.

pour que les biens affectés à l'utilité publique soient protégés. La protection de l'utilité publique ne commande plus automatiquement de passer par les prérogatives du propriétaire, même si cela est toujours une possibilité si aucune autre solution n'est envisageable. D'autres voies sont ouvertes pour garantir l'utilité à un bien, en passant, par exemple, par la régulation d'un secteur d'activité, en imposant des obligations contractuelles ou encore en agissant comme actionnaire dans une société. Les personnes publiques au sens large ont d'autres moyens d'action que la propriété pour garantir aux biens leurs affectations. En effet, en dehors de tout droit de propriété, les personnes publiques restent responsables, moins des propriétés mais surtout de l'affectation. Des aliénations de biens seront donc possibles sous réserve d'un contrôle public du respect de l'affectation des biens. Il faudra alors tenter de comprendre ce contrôle, par les personnes publiques, de la destination des biens au sein du secteur public mais aussi en dehors. Cette sorte de domaine éminent que conserve l'Etat sur les biens affectés doit être mis en avant pour apporter la preuve que c'est l'affectation qui justifie ce type de contrôle permanent des biens affectés. Cela donne également aux personnes publiques, à travers cette affectation, une légitimité pour contrôler ces biens dont elles ne sont plus propriétaires mais, dirons-nous, encore « responsables ».

La transformation qui en train de s'opérer et qui pourrait aller plus loin, consiste dans le fait que les personnes publiques, dorénavant, ont à gérer l'affectation en dehors de leurs propriétés. Les notions de propriété et de domanialité publiques sont alors parfaitement distinctes⁵⁵. Aujourd'hui, les personnes publiques, même pour les biens affectés à un service public ou au public, doivent parvenir à une gestion optimale. Cela implique deux conséquences. D'une part, celle que les personnes publiques ont la possibilité de ne plus être propriétaires des biens nécessaires au fonctionnement des services publics, si la solution financière est souhaitable. On oblige ainsi les personnes publiques, tout comme les personnes privées, à externaliser l'immobilier de leur service public en vendant notamment les biens affectés à ce service tout en continuant de les utiliser. D'autre part, cela implique que les personnes publiques, si cela ne compromet pas le bon fonctionnement des services publics, ont l'obligation de valoriser toutes les utilités de leurs biens affectés à ces services ou à l'usage du public qui ne sont pas accaparés par leur affectation et, qui peuvent être source de revenu.

⁵⁵ P. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 191, 1997, p. 575 et s.

Ces propositions reçoivent une certaine légitimité notamment si l'on se tourne vers la Constitution mais aussi, succinctement vers les autres pays que la France. On observe ces dernières années, en droit administratif et particulièrement en matière domaniale, une constitutionnalisation du droit. D'un droit administratif voulant fonctionner en autonomie, les juges sollicitent les autres branches du droit, notamment le droit constitutionnel⁵⁶. Si le recours aux normes constitutionnelles pouvait apparaître contraignant, celles-ci sont pourtant assez favorables en droit administratif des biens. En effet, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel semble être capable de se détacher de l'exigence de la propriété publique pour les biens affectés. Celui-là attache essentiellement d'importance à la préservation de l'affectation, même en dehors de toute propriété publique⁵⁷. H-G. Hubrecht⁵⁸ énonce, à ce propos, que le principe d'inaliénabilité est entre les mains du Conseil Constitutionnel à ce jour. Le mouvement de constitutionnalisation du droit domanial pourrait, cependant, aller plus loin⁵⁹. Il faudra, d'ailleurs, remonter aux origines du principe d'inaliénabilité, à l'idée du droit de garde de l'Etat sur son domaine et au droit intermédiaire à l'heure où il s'agit de justifier la plus grande liberté du législateur pour redessiner le droit global des propriétés publiques. C'est également une occasion pour se rapprocher des logiques de R. Capitant que nous développerons sur l'affectation. Ces dernières feront penser aux droits anglais et allemand en matière d'affectation. Une analyse comparative sommaire de ces régimes montrera que, dans ces pays, les personnes privées peuvent acquérir des biens publics, sous-entendu affectés, pourvu que leur usage soit conservé⁶⁰.

Une réflexion d'ensemble s'impose. La valorisation économique du domaine s'appuie plutôt ces dernières années sur une dissociation dans le temps du droit de propriété, sur une dissociation entre propriété et jouissance, toutes ces techniques, empruntées du droit privé, ont été nécessairement adaptées à leur mission. Il ne faut pas perdre de vue l'élément central de notre réflexion : le respect de l'affectation des biens à l'utilité publique. C'est notamment cette idée qu'exprime J. Morand-Deville à propos de la valorisation, en expliquant que l'on a pris conscience de la richesse économique du patrimoine grâce à l'utilisation de nouveaux instruments de comptabilité mais il ne faut pas oublier que les biens publics sont et resteront

⁵⁶ Cf. *supra* note n°3, p. 922.

⁵⁷ E. Fatôme, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1192 et s. Voir également la Partie II de nos développements sur ces questions.

⁵⁸ H-G. Hubrecht, « L'inaliénabilité, passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel », *La constitution et ses valeurs*, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, Dalloz, 2005, p. 417.

⁵⁹ Voir pour ces développements, la Partie II.

⁶⁰ Voir la partie I, Titre II sur ce point.

des biens à part et admettre que le « patrimoine but » ne se nourrit pas seulement de valeurs marchandes mais aussi « éthiques » ». ⁶¹

La propriété publique, aujourd'hui, ne devrait plus constituer une condition préalable à l'affectation. Si elle demeure une condition primordiale, c'est uniquement pour justifier l'existence d'un domaine public. L'affectation d'un bien à l'utilité publique n'est pas systématiquement liée à la nature de la propriété engendrée. Il est tout à fait possible que les personnes privées aient dans leur patrimoine des biens affectés à une utilité publique.

C. Chamard⁶² explique qu' « il n'y a donc pas d'antinomie entre la propriété privée et l'affectation des biens à l'utilité générale » et ajoute que « c'est seulement dans la définition du domaine public et non dans celle de l'affectation que la propriété publique occupe une place déterminante et constitutive. »

IV- Cheminement de la réflexion:

Il faut pour commencer définir concrètement ce que recouvre la notion d'affectation des biens à l'utilité publique. Il ne s'agit pas de retomber dans les travers de la situation énoncée précédemment. Une partie seulement des biens, qu'ils soient privés ou publics, sont affectés à l'utilité publique. Derrière ce terme se cache une réelle volonté politique, sociale ou culturelle. N'importe quel bien ne peut pas revendiquer une affectation à l'utilité publique. C'est en redéfinissant cette notion que l'on peut alors prendre la mesure des différentes catégories de biens. Pour certains d'entre eux, ils semblent devoir rester au sein d'un domaine public plus protecteur notamment pour garantir les libertés publiques individuelles. En revanche, pour d'autres, il est tout à fait concevable que leur gestion ne dépende plus de la sphère publique mais privée. C'est également en mettant en avant l'autonomie de l'affectation par rapport à la propriété que l'importance de cette notion sera mise en lumière. (Partie I)

Aussi, en fonction de la catégorie des biens affectés, un régime plus ou moins contraignant peut-il s'appliquer selon les exigences des biens affectés. Pouvoir adapter le régime juridique

⁶¹ Réflexions sur le Code général de la propriété des personnes publiques, actes du colloque, université de Lille II du 29 novembre 2006, présidé par Jacqueline Morand-Deville, sous la direction de Stéphane Guerard, Litec, 2007, Rapport de synthèse par J.Morand-Deville, p.131.

⁶² C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés ; Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Nouvelles bibliothèque des thèses, Dalloz, 2004, vol. 33, p. 297 et s.

en fonction de l'utilité publique introduit de la souplesse quant à la valorisation des dépendances domaniales. La redéfinition de la notion d'affectation permet de mieux comprendre l'inadaptabilité des règles de la domanialité publique à certains biens ainsi que leurs effets paralysants pour les investissements sur le domaine public. C'est en redessinant les règles indispensables et en découvrant de nouvelles, que la valorisation des propriétés publiques pourra s'opérer sans malmener l'affectation des dépendances domaniales. La valorisation permise par cette nouvelle vision offre, de plus, de nouvelles perspectives en matière de financement des investissements. Cependant, il ne faut pas perdre de vue, derrière cet engouement pour l'optimisation des richesses, que derrière cette notion d'affectation des biens à l'utilité publique, c'est toute la cohérence de la société qui est en jeu. Il ne s'agit pas de renier la raison d'être de l'Etat, qui sert, de manière désintéressé, l'intérêt de tous. (Partie II).

Première partie : La nature de la notion d'affectation des biens à l'utilité publique.

L'étude de la notion d'affectation est incontournable pour prendre la mesure de sa nature et de son étendue. Reconnue comme un des critères d'identification du domaine public, la notion d'affectation ne peut pas se limiter à cette définition. Il faut comprendre son essence, sa nature et ses contours. Alors, l'ampleur de cette notion pourra être révélée. D'un critère incontournable de la définition du domaine public, nous verrons que cette notion a d'autres domaines d'interventions. (Titre I)

Une fois la définition de la notion d'affectation achevée et l'utilisation que l'on peut en faire, nous pourrions alors comprendre que cette notion est au cœur de la gestion domaniale. Elle est à la source des pouvoirs de gestion du domaine public, à côté des pouvoirs du propriétaire, et peut aussi commander une gestion autoritaire des biens à l'image des mutations domaniales. (Titre II).

Titre I : La notion d'affectation : une notion matérielle.

Pour rendre compte de la place et de l'enjeu qui pèsent aujourd'hui sur cette notion, il faut auparavant en mesurer toute l'étendue. Aborder une notion nécessite au préalable que l'on définisse bien les termes afin de mesurer ce qu'elle recouvre. Par conséquent, l'étude doit être approfondie pour comprendre les enjeux qui traversent la notion et ce qu'il est primordial de protéger. L'affectation des biens à l'utilité publique doit être appréciée à sa juste valeur. Ainsi, il apparaît qu'elle retrouve sa vraie place. C'est en revenant aux fondamentaux que l'on comprend alors le rôle primordial qu'occupe l'affectation des biens à l'utilité publique au sein du domaine public, plus largement pour la propriété publique.

C'est pourquoi, dans un premier temps, il faut déterminer le champ d'application de cette notion ainsi que ses conséquences (chapitre I). Dans un deuxième temps, il convient d'analyser la place qu'occupe cette notion d'affectation des biens à l'utilité publique au sein du droit public des biens. Il apparaît alors qu'elle est une notion autonome, capable de générer à elle seule des mécanismes exorbitants du droit commun (chapitre II).

Chapitre I : Le sens et la portée de la notion d'affectation des biens à l'utilité publique.

La notion d'affectation des biens à l'utilité est relativement vaste. Le premier champ d'application concernant cette affectation des biens à l'utilité publique correspond à la matière domaniale. En effet, elle se caractérise comme un des critères permettant de faire entrer un bien dans le domaine public. Après le critère de la propriété publique, elle se place au second plan, se manifestant par son aspect matériel. Or, Cette notion est souvent trop effleurée. Il convient de l'analyser davantage (section I).

En prenant le temps d'explorer ce que cache réellement ces notions d'affectation de biens et d'utilité publique, cela permet de comprendre qu'elles son d'intensité variable et que des enjeux essentiels y sont associés. Ils permettent de mesurer à quel point cette notion est fondamentale. Elle dissimule une réelle volonté et peut se révéler essentielle pour les défis futurs telle que la réduction de la consistance du domaine public ou encore sa valorisation économique (section II).

Section I- L'affectation des biens à l'utilité publique : une notion finaliste.

Le critère de l'affectation et la notion d'affectation en général sont depuis longtemps ancrés dans le droit administratif français. Elle évoque immédiatement la fonction publique. En effet, les fonctionnaires reçoivent une affectation, à savoir un emploi qu'ils vont occuper soit par choix, soit de façon autoritaire. On dit alors que les fonctionnaires sont affectés à une fonction qu'ils occupent. Par comparaison, les biens des personnes publiques, mais on pourrait aussi imaginer ceux des personnes privées, reçoivent une destination publique ce qui entraîne un nombre de conséquences. C'est à partir du moment où le bien va recevoir une affectation, donc une utilité qui est publique, que les conséquences vont s'appliquer quant la protection, au régime juridique, au recours aux techniques de financement par exemple.

Donc c'est bien l'affectation qui conditionne l'existence d'un domaine public d'une part et d'un domaine privé d'autre part ainsi que l'application des règles de la domanialité publique. Mais avant de mesurer les conséquences engendrées par cette notion, il faut la définir précisément (§1) et déterminer sa nature (§2).

§1- La définition de la notion de biens affectés à l'utilité publique.

Afin de comprendre toute l'envergure de la notion d'affectation des biens à l'utilité publique, il faut s'attacher à analyser les termes utilisés pour en comprendre les différents enjeux. C'est pourquoi, avant d'étudier la notion même d'affectation, nous préciserons celle de bien (A) puis, celle très vaste d'utilité publique. (B)

Ainsi, ces termes précisés, il apparaît clairement que cette notion a un champ d'application étendu.

A- La notion de bien.

Le cœur du sujet repose moins sur des personnes que sur des biens. Par le terme d'affectation des biens à l'utilité publique, ce sont des biens avant tout qui sont visés. Ils sont le support de l'affectation et conditionnent l'application d'un régime juridique.

Il convient alors de se demander quels sont les biens concernés. Peut-il s'agir de n'importe quels biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels ? A qui appartiennent-ils ? Font-ils tous partie du domaine public ou bien l'affectation peut-elle s'étendre au-delà du domaine public ?

C'est à toutes ces questions qu'il faut répondre afin de mesurer le champ d'application de la notion d'affectation des biens. L'enjeu est de comprendre que la notion de bien est vaste et ne se limite pas aux biens du domaine public bien qu'ils soient les premiers affectés à l'utilité publique.

Au singulier, le bien se définit comme « toute chose matérielle susceptible d'appropriation ». Au pluriel, la définition est la suivante : « Relativement à toute personne, tous les éléments mobiliers ou immobiliers qui composent son patrimoine, à savoir les choses matérielles (biens corporels) qui lui appartiennent et les droits (autre que la propriété) dont elle est titulaire (biens incorporels). »⁶³

Ces biens, à la fois immobiliers et mobiliers, sont ainsi la propriété de personnes et les droits qui lui sont associés.

Or, si l'on se réfère à la définition du terme domaine, on peut lire la chose suivante, au sens général : « ensemble de droits et de biens » et au sens administratif, « ensemble des biens et droits, immobiliers ou mobiliers, appartenant aux personnes publiques »⁶⁴ Par conséquent, les biens réunis constituent donc un domaine, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, avec tous les droits associés à ces biens. Cet ensemble de biens qui compose un domaine est indifférent quant à la nature du propriétaire en question. Le critère organique, à savoir la présence d'une personne publique, n'est exigé qu'à partir du moment où on se réfère au domaine au sens administratif, qui se dédouble en domaine privé et domaine public.

⁶³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, édition, n°9, 2011 : entrée Bien.

⁶⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, édition, n°9, 2011 : entrée Domaine.

Ces notions de bien et de domaine doivent être rapprochées de celle de patrimoine. Pour les civilistes, le patrimoine se définit comme : « l'ensemble des biens et des obligations d'une personne envisagé comme formant une universalité de droits, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais aussi ses biens à venir »⁶⁵. Cette notion de patrimoine est bénéfique pour les créanciers qui sont en droit de saisir des éléments du patrimoine de la personne physique ou morale pour se faire rembourser leurs dettes. Toutes les personnes physiques sont dotées d'un patrimoine et les personnes morales peuvent aussi l'être. Mais elles ne peuvent disposer que d'un seul patrimoine car ce dernier est le prolongement de la personnalité juridique. Au sein de ce patrimoine se trouvent alors tous les biens de la personne ainsi que ses créances et ses dettes. Cet ensemble forme un tout indivisible, une universalité. Aussi, est-il possible de considérer l'ensemble des biens des personnes publiques comme formant un patrimoine ? Si tel était le cas, cette notion pourrait s'appliquer pour les biens des personnes publiques, il semblerait plus aisé de faire fructifier ce patrimoine comme le fait n'importe quelle personne privée. L'application de cette notion aux biens des personnes publiques a cependant posé différents problèmes. En effet, plusieurs obstacles s'y sont opposés. D'une part, l'Etat n'a pas toujours été considéré comme une personne morale de droit public. En effet, il se confondait au Moyen Age avec la personne physique du Roi⁶⁶. D'autre part, l'Etat n'était pas reconnu comme un propriétaire unique de son domaine. L'idée même de propriété à cette époque n'avait pas de sens. Avec la Révolution française, l'Etat va devenir de plus en plus autonome, la souveraineté étant transférée à la Nation. Puis, l'Etat devient une entité juridique et acquiert la personnalité morale. Cependant, en tant que puissance publique, il n'est pas considéré comme une personne morale de droit privé. Avec l'apparition de la distinction entre le domaine public et le domaine privé, l'Etat ne sera véritablement propriétaire que de son domaine privé uniquement. Sur le domaine public, l'Etat n'était pas considéré comme un propriétaire mais plutôt comme un gardien⁶⁷. La situation change à partir du début du 20^{ème} siècle, où l'Etat acquiert le statut de propriétaire à l'égard également des biens du domaine public. Les autres personnes publiques vont également être reconnues comme titulaires d'un droit de propriété, de même nature que celui des personnes privées. Tous les obstacles semblent donc levés pour pouvoir considérer que tous les biens des personnes publiques forment un patrimoine. Cependant, il semble qu'il n'y ait pas un seul patrimoine, comme la définition l'exige, formant une universalité, mais bien

⁶⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, édition, n°9, 2011 : entrée Patrimoine.

⁶⁶ Voir pour davantage de précisions sur ce point nos développements dans le chapitre suivant. Voir aussi P. Yolka, *Personnalité publique et patrimoine*, Paris, Lexisnexis, 2007.

⁶⁷ Voir sur ce point nos développements et nos références doctrinales dans le chapitre suivant.

deux patrimoines, correspondant au domaine public et au domaine privé. De plus, ces deux domaines, nous le verrons dans les développements ultérieurs, sont soumis à des régimes juridiques différents, puisque celui de la domanialité publique s'applique au domaine public. Ce dernier se structure autour de deux principes, à savoir le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des biens. En outre, à l'ensemble des biens, qu'ils appartiennent au domaine public ou au domaine privé, s'appliquent les règles de l'insaisissabilité et de l'incessibilité des biens à vil prix⁶⁸. Or, l'insaisissabilité, selon laquelle les biens des personnes publiques ne peuvent pas être saisis par les créanciers éventuels des personnes publiques, entre en contradiction directe avec la définition du patrimoine. En effet, la notion de patrimoine permet justement aux créanciers de saisir les biens afin d'éponger les dettes de la personne en question. Toute idée de patrimoine semblait donc proscrite s'agissant des personnes publiques. Le juge a cependant surmonté cette difficulté. Même en appliquant le principe de l'insaisissabilité aux biens publics, la reconnaissance de patrimoine est possible. C'est pourquoi, on décèle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, une volonté de reconnaître cette notion. Les prémices se font avec la jurisprudence instaurant la théorie des mutations domaniales, où la question posée se place directement dans cette problématique⁶⁹. C'est le Conseil constitutionnel qui consacre, en 1986, la notion de patrimoine public⁷⁰. C'est notamment dans cette décision que les juges constitutionnels érigent au rang de principe à valeur constitutionnelle, la prohibition des cessions des biens publics à vil prix, jurisprudence suivie par la Haute juridiction administrative.⁷¹

Aujourd'hui, la notion de patrimoine est admise et ancrée en droit positif⁷². L'ensemble des biens des personnes publiques constitue un patrimoine mais il faut noter une certaine

⁶⁸ Voir sur ces règles nos développements de seconde partie.

⁶⁹ CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et chemin de fer d'Orléans, Rec. Conseil d'Etat, p. 707, concl. G. Teissier ; S. 1909, III, p. 97 note M. Hauriou. Voir plus particulièrement sur les mutations domaniales, le chapitre 2, titre II, Partie I.

⁷⁰ CC, 26 juin 1986, n° 86-207 DC, Loi autorisant le gouvernement à rendre diverses mesures d'ordre économique et social, Rec. p. 61.

⁷¹ CE, 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles, Rec. Conseil d'Etat, p. 381, *AJDA*, 1997, p. 1010, note L. Richer.

⁷² Le législateur fait référence à cette notion comme dans l'article L. 1615-12 du CGCT : « La collectivité territoriale ou l'établissement public qui a passé un contrat prévu à l'article L. 1414-1 bénéficie du fonds de compensation pour la TVA sur la part de la rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la TVA. La part de la rémunération correspondant à l'investissement est celle indiquée dans les clauses du contrat prévues à l'article L. 1414-12. L'éligibilité au fonds de compensation pour la TVA est subordonnée à l'appartenance du bien au patrimoine de la personne publique ou à la décision de la personne publique d'intégrer le bien dans son patrimoine conformément aux clauses du contrat. A la fin anticipée ou non du contrat, si l'ouvrage, l'équipement ou le bien immatériel n'appartient pas au patrimoine de la personne publique, celle-ci reverse à l'Etat la totalité

spécificité de celui-ci. En effet, il comprend des biens publics, pour la plupart affectés à l'utilité publique, et ces biens sont la propriété de personnes publiques. Ces biens sont par ailleurs de plus en plus diversifiés. N. Foulquier⁷³ explique, notamment, qu'en droit administratif, tout comme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion est large. Il fait référence aux civilistes qui considèrent que « les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation. ». Cette définition est intéressante et trouve à s'appliquer aux biens publics. Avant l'apparition du critère de l'affectation des biens à l'utilité publique, en doctrine puis en jurisprudence et aujourd'hui consacrée par le législateur, le critère de référence pour savoir si un bien faisait ou non partie du domaine public ou du domaine de la Couronne, était relatif à sa nature. En effet, s'il pouvait faire l'objet d'une appropriation privative, il n'intégrait pas le domaine public. Si, à l'inverse, une telle appropriation privative n'était pas possible, il devait l'intégrer. Ce n'est qu'au début du 20^{ème} siècle que l'on abandonne ce critère relatif à la nature du bien pour lui préférer celui de l'affectation.⁷⁴

La référence à la nature du bien en question, à savoir s'il est non susceptible de propriété privée, demeure cependant pour les dépendances du domaine public naturel. En effet le rivage de la mer, les fleuves, la mer territoriale ou certains étangs salés, pour ne citer que quelques exemples de dépendances du domaine public naturel, n'obéissent pas au critère de l'affectation à l'utilité publique. Ce sont des phénomènes naturels, prenant en compte la nature, qui sont à l'origine de leur incorporation au sein du domaine public⁷⁵. On les protège en raison de leur nature, parce qu'ils ne sont pas susceptibles d'appropriation privative. Ce n'est donc pas sur ce domaine public naturel que se concentre notre démonstration, puisque le critère de l'affectation à l'utilité publique est absent⁷⁶. Il en est de même des biens meubles, aujourd'hui codifiés à l'article L. 2112-1 du CGPPP⁷⁷, la référence au critère de l'affectation

des attributions reçues. Les attributions du fonds de compensation pour la TVA sont versées selon les modalités prévues à l'article L. 1615-6, au fur et à mesure des versements effectués au titulaire du contrat et déduction faite de la part des subventions spécifiques versées toutes taxes comprises par l'Etat à la personne publique. »

⁷³ N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, Lexisnexis, 2011, p. 10 et s.

⁷⁴ Voir sur ce point, nos développements complets dans le chapitre suivant.

⁷⁵ Voir pour le domaine public naturel les articles suivants du CGPPP : L. 2122-4 à L. 2122-5 pour le domaine public naturel maritime et les articles L. 2122-7 à L. 2122-9 pour le domaine public naturel fluvial.

⁷⁶ M. Lagrange, « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDP*, 1974, p. 11 et s.

⁷⁷ L'article L. 2112-1 du CGPPP énonce: « Sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, notamment : 1° Un exemplaire identifié de chacun des documents dont le dépôt est prescrit aux fins de constitution d'une mémoire nationale par l'article L. 131-2 du code du patrimoine ; 2° Les archives publiques au sens de l'article L. 211-4 du code du patrimoine ; 3° Les archives issues de fonds privés entrées dans les collections publiques par acquisition à titre onéreux, don, dation ou legs ; 4° Les découvertes de caractère

est absente. Ces biens, les œuvres d'art par exemple, nécessitent une protection en tant que tels, sans qu'aucune décision administrative d'affectation ne soit nécessaire. Nous ne traiterons donc pas non plus de ce type de biens dans le cadre de cette étude.

Il s'agira alors de s'intéresser surtout aux biens immeubles, dépendances du domaine public artificiel, mais pas seulement. Ce sont les biens publics immobiliers en général qui retiendront notre attention. A partir du moment où ce n'est plus la nature mais l'utilité publique du bien en question qui compte, peu importe la qualité du propriétaire. Si finalement, les biens faisant partie du domaine public sont assujettis à des règles de droit public et à la puissance publique, cela ne modifie pas leur nature. Avant d'intégrer le domaine privé ou *a fortiori* le domaine public, les biens appartenaient à des personnes privées. Par conséquent, si la notion de bien consacre indirectement la qualité de propriétaire, elle ne se préoccupe pas de la nature de cette dernière, à savoir qu'elle soit public ou privé.

Cette démonstration est importante pour la suite. Soulignons, en effet, que la notion de biens affectés transcende la question de la propriété. Si la notion de bien est désormais mieux cernée, il semble indispensable de préciser à quelle utilité publique ces biens sont affectés. Au fond, il faut comprendre ce que recouvre ce terme générique d'utilité publique.

B- Précision sur la notion d'utilité publique.

Si la notion de bien est éclaircie, il est désormais nécessaire de préciser à quoi ce bien est affecté. En effet, si la notion d'affectation prend une place centrale dans la définition des biens composant le domaine public, et même pour des biens affectés appartenant à des

mobilier devenues ou demeurées propriété publique en application du chapitre 3 du titre II et du chapitre 1er du titre III du livre V du code du patrimoine ; 5° Les biens culturels maritimes de nature mobilière au sens du chapitre 2 du titre III du livre V du code du patrimoine ; 6° Les objets mobiliers classés ou inscrits au titre du chapitre 2 du titre II du livre VI du code du patrimoine ou situés dans un immeuble classé ou inscrit et concourant à la présentation au public de parties classées ou inscrites dudit immeuble ; 7° Les objets mobiliers autres que ceux mentionnés au 6° ci-dessus, présentant un intérêt historique ou artistique, devenus ou demeurés propriété publique en application de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat ; 8° Les collections des musées ; 9° Les œuvres et objets d'art contemporain acquis par le Centre national des arts plastiques ainsi que les collections d'œuvres et objets d'art inscrites sur les inventaires du Fonds national d'art contemporain dont le centre reçoit la garde ; 10° Les collections de documents anciens, rares ou précieux des bibliothèques ; 11° Les collections publiques relevant du Mobilier national et de la Manufacture nationale de Sèvres. »

personnes privées⁷⁸, il est nécessaire de s'interroger sur ce que recouvre cette notion d'utilité publique.

Les biens en question retenant notre attention sont affectés à l'utilité publique mais que vise cette notion. De quelle utilité publique parle-t-on ? Quel est le champ d'application de cette notion ?

L'intérêt est de mesurer l'ampleur de cette utilité publique pour rendre compte de l'étendue des biens concernés. L'utilité publique est à rapprocher d'une notion, celle de l'intérêt général. La comparaison des notions permettra de voir l'étendue de l'affectation des biens.

L'affectation satisfait un besoin d'utilité publique. Ce but d'utilité publique est vaste mais paradoxalement il a un effet contraignant pour les personnes publiques. Ces dernières sont liées à ce but d'utilité publique à satisfaire. Elles ne peuvent pas s'en écarter pour décider de l'affectation des biens. C'est donc une condition de l'affectation. Il faut alors que le but d'utilité publique réponde aux exigences législatives et de la jurisprudence administrative à l'époque où la décision d'affecter un bien à l'utilité publique est prise. Il faut prendre en considération les circonstances de temps et de lieux dans lesquelles sont édictées les décisions d'affectation d'un bien. La société évolue, les besoins publics aussi. Ils se transforment, certains disparaissent d'autres apparaissent. Si autrefois les activités sportives ou théâtrales n'étaient pas considérées comme des activités d'intérêt général ou même des services publics, ce n'est plus le cas aujourd'hui⁷⁹. Il en est de même en ce qui concerne l'intérêt général concernant le domaine public. L'intérêt économique et financier des personnes publiques n'est plus interdit sur les dépendances du domaine public. C'est une évolution, qui nous le verrons⁸⁰, permet une valorisation économique des biens. Dans un Etat unitaire et républicain, l'Etat est le garant de l'intérêt général. C'est cette entité juridique et autonome qui doit satisfaire aux besoins des citoyens. Or, l'intérêt général, dont l'utilité publique est souvent employée comme synonyme, ne peut être pris en charge que par l'Etat, créé pour répondre à cet impératif de l'intérêt général. L'Etat a comme outil juridique la loi, expression de la volonté générale selon l'article 6 de la DDHC⁸¹, mais aussi les juges, administratifs ou civils

⁷⁸ Voir pour ces précisions, le chapitre suivant.

⁷⁹ CE, 7 avril 1916, Astruc, S. 1916, III, p. 41. Les théâtres publics ne sont pas des activités de service public. *A contrario*, quelques années plus tard, l'organisation de spectacles et les théâtres sont reconnus comme des activités de service public : CE, 27 juillet 1923, Gheusi, D. 1923, III, p. 57.

⁸⁰ Voir pour ces précisions le Titre II de la Partie II.

⁸¹ Article 6 de la DDHC : « la Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes

qui tentent d'appliquer ou d'ajuste la conception de l'intérêt général aux cas particuliers. Or, la notion d'intérêt général que l'on rapprochera de celle d'utilité publique, est essentiellement le fondement du droit public. Cette utilité publique correspond à une réalité, à des faits sociaux, auxquels le législateur et/ou les juges vont appliquer un régime juridique. Ces notions d'intérêt général et d'utilité publique sont importantes à cerner afin d'appliquer le meilleur régime juridique qu'il soit⁸².

Cette notion d'utilité publique ou d'intérêt général est omniprésente en droit public notamment au sein de la notion de service public mais aussi de domaine public. Cette conception est purement française notamment en ce qui concerne la notion de service public. Ce dernier correspond à une activité d'intérêt général, prise directement en charge par une personne publique ou exercée sous son contrôle⁸³. Par conséquent, que le service public soit exercé par la personne publique ou par la personne privée, l'essentiel est la satisfaction de l'intérêt général. C'est d'ailleurs au nom de la préservation du service public, et de l'intérêt général qu'il défend, que s'appliquent un certain nombre de règles de droit public exorbitantes du droit commun, ce quelle que soit la personne en charge du service. Aussi, ce régime juridique suit-il la notion de service public afin de protéger l'intérêt général⁸⁴. Celle-là est étroitement liée au domaine public, puisqu'une partie des biens le composant sont ceux affectés à l'exécution d'une mission de service public.

Concernant justement le domaine public, la notion d'intérêt général est très présente puisqu'il se compose des biens appartenant aux personnes publiques affectés à l'usage direct du public ou à l'exécution d'une mission de service public. La notion d'intérêt général ou d'utilité publique est donc fondatrice du domaine public. L'affectation des biens à l'intérêt général entraîne également l'application d'un régime juridique particulier, celui de la domanialité publique.⁸⁵ En matière d'intérêt général ou d'utilité publique, l'affectation est toujours au

dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

⁸² Le plan de la démonstration est construit sur deux axes : Premièrement, l'étude de la notion d'affectation des biens à l'utilité publique et deuxièmement, l'étude du régime juridique appliqué à cette notion. C'est pour cela qu'il est important de déterminer ce que recouvre l'utilité publique. Cela permet d'adapter le meilleur régime juridique possible.

⁸³ Voir en ce sens les définitions données par les arrêts suivants : CE, Section, 28 juin 1963, Narcy, Rec. Conseil d'Etat p. 401 ; *AJ*, 1964, p. 91, note de Laubadère ; *RDP*, 1963, p. 1186, note M. Waline et CE, 22 février 2007, Association personnel relevant des établissements pour inadaptés, *DA*, n°4, avril 2007, commentaire 64, p. 36.

⁸⁴ Il s'agira notamment de l'objet de notre démonstration. En effet, des règles composant un régime juridique vont suivre la notion d'affectation et les biens en question. Ces règles s'appliquent quel que soit le propriétaire du bien.

⁸⁵ Des précisions seront apportées sur à la définition de ce régime juridique de la domanialité publique dans la Partie II.

cœur des bouleversements de la société et s'est modifiée au sein du domaine public. Si auparavant, l'intérêt général du domaine public se concentrait uniquement sur l'exercice des pouvoirs de police, depuis les années quatre-vingt, il suppose d'assurer une bonne gestion domaniale, c'est-à-dire rentable économiquement sans perdre de vue l'utilité des biens en question⁸⁶.

L'intérêt général, en droit public des biens, est caractérisé par l'utilité publique, notion à préciser car l'intérêt général reste une notion à apprécier par rapport à une situation concrète et à un temps précis.

Les deux références à l'utilité publique sont, bien entendu, l'affectation du bien à l'usage direct du public et à un service public. L'affectation à l'usage direct du public est la première à apparaître, étant donné qu'au début 20^{ème} siècle, au moment de l'apparition du critère de l'affectation en doctrine et en jurisprudence, le service public est une notion encore mal connue. L'utilité publique est consacrée par le célèbre arrêt Marécar de 1935⁸⁷. Le Conseil d'Etat se réfère tout simplement au fait que le cimetière en question, appartenant à la commune, est affecté à l'usage direct du public et fait ainsi partie des dépendances du domaine public communal. Certes, par la suite, cette seule utilité prouvée ne suffira plus pour faire entrer un bien dans le domaine public car il faudra également des aménagements spéciaux⁸⁸. Mais on peut dire d'ores et déjà que seront concernés par cette utilité publique, par exemple, les parcs, les jardins⁸⁹ ou certaines promenades publiques quand elles sont aménagées. En se référant à l'usage direct du public, le juge administratif ouvre une voie importante aux personnes publiques. En effet, l'affectation et l'incorporation d'un bien dans le domaine public ne se limitent pas aux cas énoncés par le législateur. Ce dernier peut décider que tels ou tels biens feront ou non partie du domaine public. Reconnaître que la simple affectation à usage direct du public, sous réserve d'aménagements spéciaux avant l'adoption du CGPPP⁹⁰, permet l'incorporation d'un bien au sein du domaine révèle le pouvoir discrétionnaire des personnes publiques propriétaires. Les biens qui composent le

⁸⁶ Sur le mouvement de la valorisation du domaine public et son impact en droit public des biens, voir nos développements dans la partie II.

⁸⁷ CE, 28 juin 1935, Mougamadousadagnetoullah, dit Marécar, *RDP*, 1935, concl. R. Latournerie, p. 590.

⁸⁸ Voir pour les précisions ultérieures sur ces aménagements, le chapitre suivant.

⁸⁹ CE, Ass. 20 avril 1960, Berthier, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 264 ; *RDP* 1960, p. 1223, concl. M. Henry; *AJDA* 1960, I, p. 78.

⁹⁰ Avant l'adoption du CGPPP, le critère réducteur de l'aménagement spécial était exigé pour les biens affectés à l'usage direct du public en vertu de l'arrêt de principe précédemment cité *supra* n°19. Le CGPPP renoue avec les origines de la jurisprudence Marécar car en 1935 et jusqu'en 1960, le critère de l'aménagement spécial ne sera pas exigé pour faire entrer le bien dans le domaine public. L'affectation constatée et réelle suffit à faire entrer le bien au sein de ce dernier. Voir pour davantage de précision, les développements suivants dans ce chapitre.

domaine public ne sont donc pas seulement ceux désignés par le législateur. Une décision administrative peut tout à fait affecter un bien à un usage direct du public si cela est nécessaire. Il en va ainsi des plages communales, des promenades publiques ou encore des édifices du culte. Ces derniers, par exemple, ne sont plus affectés au service public culturel depuis la séparation de l'église et de l'Etat par la loi de 1905⁹¹ mais les collectivités se doivent de les laisser ouverts au public. Quant aux plages, si elles ne font pas partie du domaine public légal maritime, elles peuvent très bien être affectées à l'usage direct du public⁹², tout comme les promenades publiques à ne pas confondre avec les voies publiques qui sont des biens affectés déterminés par le législateur. A côté du domaine public légal à savoir le domaine public routier, les rivières, les plages relevant du domaine public maritime ou encore les ondes hertziennes⁹³, l'utilité publique est importante, représentée par l'usage direct du public. On constate alors qu'elle recouvre différentes situations. Le point commun entre elles toutes est qu'elles servent des libertés publiques fondamentales telles que la liberté d'aller et venir pour les routes ou les plages, ou encore celle d'exercer librement une religion en ce qui concerne les édifices affectés au culte.

Quant à l'autre type d'utilité publique, consacré par l'arrêt Société le Béton de 1956⁹⁴, il s'agit de l'affectation d'un bien à un service public. Cette consécration reflétait une réalité nouvelle et correspondait à l'âge d'or de la notion de service public⁹⁵. Si le juge ne se contente pas de cette affectation à un service public mais demande aussi des aménagements spéciaux, la notion d'utilité publique, quant à elle, est entendue dans un sens strict. En effet, la reconnaissance d'un service public doit être constatée soit par le législateur ou par le juge administratif, pour ensuite pouvoir admettre que des biens lui sont affectés. Le législateur consacre déjà plusieurs biens comme faisant partie du domaine public en raison de leur affectation à un service public. Il s'agit, par exemple, des domaines publics ferroviaire, aéroportuaire, portuaire, fluvial ou encore maritime⁹⁶. Cependant, le domaine public se compose également de biens affectés à un service public constaté ou créés par les personnes

⁹¹ Loi du 9 décembre 1905, relative à la séparation des Eglises et de l'Etat, *JO* 11 décembre 1905, p. 7205.

⁹² CE, Section, 30 mai 1975, Gozzoli, Rec. Conseil d'Etat, p. 325 ; *AJDA* 1975, p. 345.

⁹³ Voir les articles du CGPPP concernant chaque domaine : routier (article L. 2111-14), maritime (L. 2111-4 à L. 2111-6) et hertzien (L. 2111-17).

⁹⁴ CE, 19 octobre 1956, Société le Béton, *JCP G*, 1957, II, p. 9765 ; voir conclusions. M. Long, *RDP*, 1957, p. 510.

⁹⁵ Pour des précisions, voir le chapitre suivant.

⁹⁶ Voir les articles du CGPPP suivants : L. 2111-4 à L. 2111-5 pour le domaine public maritime, L. 2111-7 à L. 2111-11 pour le domaine public fluvial, L. 2111-15 pour le domaine public ferroviaire, L. 2111-16 pour le domaine public aéronautique.

publiques elles-mêmes. Par conséquent, cette utilité publique n'est pas figée puisque les services publics évoluent au fil des besoins de la société. Depuis la jurisprudence Société le Béton de 1956 précédemment rappelée, l'affectation du bien à l'utilité publique comprend également les biens affectés à un service public, sous réserve, et c'est là l'apport essentiel de l'arrêt fondateur, que cette affectation au service fasse l'objet d'aménagements spéciaux⁹⁷. Aujourd'hui, le législateur a repris la définition jurisprudentielle du domaine public et consacre cette forme d'utilité publique. Cependant, pour que cette affectation soit pleinement convaincante, le législateur exige des aménagements indispensables, et non plus spéciaux, pour démontrer la réelle volonté d'affecter les biens en question au service public⁹⁸. Or, aujourd'hui, si la notion de service public a connu une crise, elle a eu pour objet d'étendre le domaine public et surtout de confier la gestion de certains biens à des personnes privées⁹⁹.

Cette utilité publique illustrée par le service public peut concerner à la fois les services publics administratifs ou industriels et commerciaux. Parmi les exemples jurisprudentiels de biens affectés à un service public, on peut citer les locaux servant pour les fêtes municipales¹⁰⁰, les stades de sport¹⁰¹, les maisons de retraite¹⁰² ou encore les halles et les marchés¹⁰³. Un gîte rural a récemment été considéré comme faisant partie du domaine public en raison du concours qu'il apporte à la réalisation du service public de développement économique et touristique¹⁰⁴. Ces différents exemples montrent que cette utilité publique, plus précise que l'affectation des biens à l'usage direct du public, répond à différents besoins de la population en termes de développement économique, de social, de culturel ou de sport. Le service public traduit une volonté de la part de l'administration ou parfois d'une initiative privée, de satisfaire des besoins concrets. Par conséquent, en incorporant ces biens au sein du domaine public, on souhaite les protéger, conserver leur affectation et finalement préserver le service public lui-même. Par conséquent, et nous verrons cela ultérieurement, ce sont les missions de

⁹⁷ Voir le chapitre suivant pour des précisions sur cet arrêt et le critère de l'aménagement spécial.

⁹⁸ C'est l'article L. 2111-1 du CGPPP qui énonce cette définition : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.

⁹⁹ Voir sur ce constat les développements notamment dans le chapitre suivant.

¹⁰⁰ CE, 25 novembre 1981, Commune de la Roche-sur-Foron, Rec. Conseil d'Etat, tables, p. 741 ou plus récemment CAA de Bordeaux, 29 décembre 2009, n°09BX01310, Association comité des fêtes de Lavignolles de Salles, *JCP A*, 2010, comm. 2147, note P. Yolka.

¹⁰¹ CE, 13 juillet 1961, Ville de Toulouse, Rec. Conseil d'Etat, p. 513 ; *AJDA*, 1961, I, p. 467 (voir pour des développements plus complets sur cet arrêt le chapitre suivant).

¹⁰² CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier de France, Rec. Conseil d'Etat, p. 141 ; *RFDA*, 1986, p. 21, concl. B. Genevois ; *AJDA* 1985, p. 620, note E. Fatôme et J. Moreau.

¹⁰³ CE, Sect, 22 avril 1977, Michaud, Rec. Conseil d'Etat, p. 185 ; *AJDA* 1977, p. 441.

¹⁰⁴ CE, 25 janvier 2006, Commune de la Souche, Rec. Conseil d'Etat, tables, p. 862 ; *C-MP*, 2006, comm. 88.

service public, cette utilité particulière qu'il est nécessaire de protéger plutôt que le domaine public ou la propriété publique. Pourquoi ? Parce-que la particularité du service public est qu'il peut être pris en charge par des personnes privées, ce qui est d'ailleurs souvent le cas. Or, cela ne va pas empêcher l'utilité publique en question de perdurer, quel que soit le propriétaire du bien. Cette affectation des biens à l'utilité publique peut ainsi viser deux types de situations. Le premier concerne celui où les biens sont affectés à un service public et détenus par des personnes publiques, auquel cas ils vont dans le domaine public. Le second concerne ces mêmes biens, dit « publics », également affectés à un service public mais appartenant à des personnes privées. Ces biens ne pourront pas faire partie du domaine public en raison de l'absence du critère organique. Cette situation est paradoxale car la reconnaissance d'une utilité publique commande pourtant qu'on mette en place des mécanismes de protection¹⁰⁵.

Les deux formes d'utilité publique sont ainsi bien ancrées en doctrine, en jurisprudence et aujourd'hui codifiées dans le CGPPP¹⁰⁶. La date d'apparition de cette distinction se situe au début du 20^{ème} siècle. Lorsqu'émerge l'affectation comme critère de distinction entre le domaine public et le domaine privé, a été admise l'affectation à un service public notamment dans le cadre du chemin de fer¹⁰⁷. Cependant, cette affectation n'était pas généralisée comme elle l'est aujourd'hui et concernait peu de biens. La définition des biens affectés à un service public était encore imprécise et certains biens, pourtant affectés au fonctionnement d'un service public, n'étaient pas intégrés au domaine public. Ce n'est donc qu'avec l'arrêt Société le Béton de 1956¹⁰⁸ que l'affectation des biens à un service public prend tout son sens. La référence au service public est alors celle faite par le législateur ou par le juge administratif dans ses différents arrêts¹⁰⁹. La notion de service public, même si elle fluctuante et parfois déterminée au cas par cas, est essentielle pour savoir si des biens lui sont affectés. Mais ce service public, géré de plus en plus par des personnes privées, montre que les biens qui le servent n'en sont pas facilement détachables. Par conséquent, cette utilité publique commande les biens et non pas leur propriété. Peu importe le propriétaire du bien en question tant qu'est respectée cette affectation.

¹⁰⁵ Ces exigences constitutionnelles, en lien avec les biens privés affectés au service public, seront étudiées dans la Partie II, Titre I, Chapitres 1 et 2.

¹⁰⁶ L'article L. 2111-1 du CGPPP y fait référence.

¹⁰⁷ M. Lagrange, « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDP*, 1974, p. 11.

¹⁰⁸ Cf. *supra* note n°94.

¹⁰⁹ Cf. *supra* note n°83 pour les arrêts concernés.

M. Hauriou¹¹⁰ est à l'origine de l'expression « affectation à l'utilité publique » qui permettait d'englober les biens affectés au service public contrairement aux théories précédentes. Cet auteur voulait intégrer au domaine public les biens affectés soit à un usage direct du public, soit à un service public. Pour ce faire, il mettra davantage en avant l'idée que c'est l'administration propriétaire qui doit intervenir pour déterminer une affectation par décision administrative¹¹¹.

Nous concevons ce terme d'affectation à l'utilité publique comme englobant l'affectation non seulement à l'usage direct du public mais aussi aux services publics. Peut-on assimiler ce terme d'utilité publique à l'intérêt général ? Pour rappel, l'intérêt général s'entend comme l'expression de la volonté générale et confère à l'Etat toute la légitimité de son action publique. Si l'intérêt général ne peut pas se réduire à la somme des intérêts particuliers comme le prône les théories libérales et notamment la pensée d'A. Smith¹¹², il faut entendre l'intérêt général comme le dépassement des intérêts particuliers. C'est ce qu'on appelle l'approche volontariste de l'intérêt général¹¹³. Or, nous retiendrons la définition énoncée par le Conseil d'Etat dans son rapport, en disant que « l'intérêt général semble être une notion juridique et politique, bien davantage qu'économique. [...] Elle tend à montrer que seule l'autonomie du politique, dans le cadre d'une économie de marché dont l'efficacité n'est pas contestée, garantit la poursuite de l'intérêt général. »

Cette définition emporte notre adhésion.

La nature des biens et l'utilité publique étant précisées, il est manifeste que les biens en question vont au-delà du domaine et de la propriété publics.

Ce qui est fondamental, en lien avec les questions précédentes, est de se demander ce que signifie exactement l'affectation et comment elle se traduit concrètement en droit positif.

¹¹⁰ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} édition, 1933.

¹¹¹ L. Siorat, « La notion d'affectation en matière domaniale », *RDP*, 1958, p. 868.

¹¹² A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776.

¹¹³ Voir le chapitre suivant pour les développements sur la notion d'intérêt général : L'intérêt général, *EDCE*, 1999, n° 50, 449 p.

§2- *Les formes de l'affectation.*

L'affectation constitue avant tout le critère de distinction entre les domaines public et privé, depuis le début du 20^{ème} siècle¹¹⁴. Mais l'affectation peut avoir également un second sens comme le relève L. Siorat¹¹⁵, à savoir, un acte de gestion du domaine privé. C'est essentiellement la première signification qui nous intéresse.

L'acte d'affectation, qu'il faudra ultérieurement dissocier du pouvoir de propriété¹¹⁶, doit être analysé. Il faut étudier comment s'exerce cet acte (A), qui peut l'exercer et quelles sont conséquences qu'il engendre (B).

C'est en prenant la mesure de cet acte que l'on pourra rendre compte de la place centrale de l'affectation.

A- Un acte de fait.

La notion d'affectation va s'imposer en doctrine et en jurisprudence. Elle prend une place considérable dans la définition du domaine public des personnes publiques. Elle se révèle comme une notion autonome, engendrant un certain nombre de conséquences. Elle joue un rôle essentiel qui s'étend progressivement. L'affectation est le baromètre qui indique la volonté réelle des personnes publiques d'octroyer un but d'utilité publique à un bien.

¹¹⁴ Voir le chapitre suivant pour des précisions sur ce point.

¹¹⁵ Cf. *supra* note n°111.

¹¹⁶ Voir sur ce point le chapitre suivant et le chapitre 2, du titre II, de la Partie I.

La notion a donc des implications très concrètes. D'une notion initialement très théorique, elle est devenue le critère matériel à part entière du domaine public. Elle permet de mesurer concrètement quels sont les biens d'utilité publique afin de leur octroyer une protection efficace.

Aux prémices de l'apparition du domaine public et de la domanialité publique, la notion de destination des biens apparaît notamment sous la plume de J. B. Proudhon¹¹⁷. Puis, rapidement, celle d'affectation s'y substitue et est finalement consacrée par la Commission de réforme du Code civil¹¹⁸ et par la doctrine contemporaine. La notion d'affectation se différencie de la destination en cela qu'elle marque une volonté, un mouvement actif de la part des personnes publiques, exceptions faites des dépendances du domaine public naturel.

La décision d'affecter un bien à une utilité publique est sans aucun doute un acte de puissance publique pris par les personnes publiques. Pourquoi cette qualification d'acte de puissance publique ? Parce que les personnes publiques sont les seules à pouvoir soustraire un bien aux règles du droit commun pour le soumettre à un régime dérogatoire, à savoir celui de la domanialité publique¹¹⁹. Aussi, les personnes publiques en vertu de leur prérogative de puissance publique¹²⁰, peuvent intégrer les biens qu'elles souhaitent au sein du domaine public. Par leur pouvoir d'affectation, elles décident unilatéralement de ce qui est nécessaire ou non d'affecter en vertu de l'utilité publique. Elles peuvent également unilatéralement décider de modifier l'affectation du bien en cours ou la faire cesser si l'utilité publique a disparu. La particularité est que non seulement, les personnes publiques peuvent imposer un régime juridique dérogatoire au droit commun aux biens affectés, mais en plus, elles créent des obligations envers les personnes privées. En effet, les administrés, pour qui les biens ont été affectés afin de satisfaire leurs besoins, se trouvent contraints envers ces biens. Contraints à la fois de les respecter et de ne pas les dégrader. Ainsi le fait d'affecter le bien à l'utilité publique oblige non seulement la personne publique mais aussi les personnes privées qui vont jouir de ce bien. C'est ce qui a fait dire à une partie de la doctrine que l'affectation des biens s'apparente à une servitude.

¹¹⁷ J-B. Proudhon, *Traité du domaine public*, 1833, T. 1, p. 240.

¹¹⁸ Travaux de la Commission de réforme du Code civil, Paris, Sirey, 1947-1957.

¹¹⁹ Voir dans la Partie II les détails sur ce régime dérogatoire de la domanialité publique.

¹²⁰ Jurisprudences administratives fondatrices de la puissance publique et de leurs conséquences : TC, 8 février 1873, Blanco, *D.*1873, 3, p. 20, conclusions David ; CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 909, conclusions L. Blum ; *D.* 1916, 3, p. 35.

Sous les conclusions de l'arrêt Marécar en 1935, R. Latournerie pose la question ouvertement : « Qu'est-ce, en effet, que l'affectation? C'est la détermination du but assigné à un bien ou à une institution juridique et qui donne, à la fois, aux pouvoirs impartis aux autorités publiques qui ont à atteindre ce but, leur fondement et leur mesure. »¹²¹. Le commissaire du gouvernement en déduit plus loin que sans affectation, il n'y a pas de domaine public. La même idée est reprise par M. Long¹²² ou encore A. de Laubadère¹²³, quand ils énoncent que l'affectation est un but déterminé par l'administration à un bien. Ce qui est fondamental dans cet acte d'affectation, c'est davantage l'aspect factuel que l'acte formel en lui-même. La destination du bien à l'utilité publique concerne davantage les biens immobiliers du domaine public artificiel. En effet, si les biens du domaine public naturel sont affectés à un usage public de part leur exposition naturelle, il n'est pas certain que cette destination corresponde à l'affectation comme nous l'entendons. Selon nous, cette dernière révèle une intention. A l'image de la matière pénale où l'intention de commettre un délit ou un crime est indispensable pour pouvoir condamner les personnes, l'affectation est aussi révélatrice d'une intention initiale de la personne publique de satisfaire un but. Or, en ce qui concerne le domaine public naturel, l'intervention de l'administration est inutile, sauf quand une intervention humaine est nécessaire, dans la mesure où ces dépendances appartiennent au domaine public. Il ne s'agit que de phénomènes physiques qui font que les dépendances naturelles doivent être intégrées au domaine public pour pouvoir les protéger.

L'affectation prend réellement tout son sens à propos des dépendances immobilières artificielles. En effet, c'est là que l'affectation se concrétise en une véritable intention de donner un sens à un bien. C'est la détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé. Cet acte d'affectation marque le devoir ou la volonté de satisfaire, par l'administration, un besoin public particulier. Parfois ces besoins sont juridiquement obligatoires comme certains services publics à l'image de l'éducation, de la justice ou encore de la police. Pour d'autres, comme dans le milieu sportif ou culturel, des besoins existent mais ils sont volontairement couverts par l'administration. Dans ces différents cas, les biens affectés à ces besoins sont mis à disposition intentionnellement par les propriétaires, en l'occurrence très souvent des personnes publiques.

¹²¹ R. Latournerie, conclusions sur CE, 28 juin 1935, Marécar, *RDP*, 1935, p. 590 ; *S. III*, 1937, p. 43.

¹²² Cf. *supra* note n°94.

¹²³ A. de Laubadère, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », *RDP*, 1950, tome 70, p. 5 et s.

Cet élément intentionnel est fondamental même s'il ne suffit pas, à lui seul, à faire entrer un bien au sein du domaine public, ni à lui à apporter toute la protection nécessaire. C'est sur cet élément que le juge se focalise quand il doit déterminer, en l'absence d'affectation législative ou d'acte de classement, si le bien en question est effectivement affecté à une utilité publique. Au fil du temps, le juge accorde plus ou moins d'importance à cet élément même si ces dernières années, on observe une attention majeure accordée à cette intention¹²⁴. En effet, la réalisation effective de l'affectation est un élément primordial. Il faut que l'affectation, quelle qu'elle soit, soit poursuivie de différentes opérations matérielles apportant la preuve de l'intention de l'administration. Ce sont alors les différents aménagements apportés au bien qui vont constituer cet état matériel de l'affectation¹²⁵.

Au fil de ces développements transparait l'idée que ce qu'il est important de protéger ce sont les biens indispensables pour satisfaire le besoin d'utilité publique auquel ils sont affectés. Pour les biens appartenant au domaine public naturel ou artificiel et affecté à l'usage direct du public, cela ne pose pas véritablement de problèmes. En revanche, s'agissant des biens du domaine public artificiel affectés à un service public, la question est plus délicate. Il ne s'agit pas de faire entrer dans le domaine public tous les biens qui gravitent autour du service public mais uniquement ceux qui s'avèrent indispensables pour atteindre le but que doit satisfaire le service public. Aujourd'hui, avec le CGPPP, il y a un retour à cette conception car les biens affectés à un service public ne pourront faire partie du domaine public qu'à la condition qu'ils aient été aménagés. Or, ce critère n'est pas requis pour les biens affectés à l'usage direct du public. En cela, le CGPPP ne veut conserver sous le régime de la domanialité publique que les biens essentiels pour satisfaire la mission de service public en cause¹²⁶. C'est aussi pour cette raison que de nombreux biens, encore affectés à un service public, sont désormais devenus la propriété de personnes privées. Ils ne sont plus soumis au régime contraignant de la domanialité publique car cette application n'est plus indispensable pour assurer une bonne exécution du service public¹²⁷.

¹²⁴ Voir le chapitre suivant pour les développements relatifs à cet élément intentionnel dans la jurisprudence administrative.

¹²⁵ Voir le chapitre suivant pour les développements sur ce point.

¹²⁶ Voir le chapitre 2 du Titre I, de la Partie II et le chapitre 1 du Titre II de la Partie II pour des précisions à ce sujet.

¹²⁷ Voir la Partie II pour les développements sur ces biens privées affectés à un service public.

En s'appuyant sur l'essentiel et sur la matérialité des faits, il est évident que l'on souhaite faire de l'affectation une notion la moins formelle possible.

B- Un acte formel relatif.

La notion d'affectation est une notion large. Elle représente l'aspect matériel du bien incorporé au domaine public et ne se réduit donc pas à un simple acte formel mais le dépasse largement. A l'origine, la définition de l'affectation se réduisait effectivement à l'acte de classement selon M. Hauriou. Ce dernier expliquait que « les dépendances du domaine public sont des propriétés administratives affectées formellement à l'utilité publique »¹²⁸. Cependant, aujourd'hui, cette conception ne reflète plus le droit positif. La notion d'affectation va au-delà du simple acte de classement, qui n'est d'ailleurs pas toujours requis.

L'intérêt est alors de démontrer que les juges se sont moins attachés à l'aspect formel de l'affectation qu'à son effectivité, à savoir la réelle volonté de l'administration.

L'élément intentionnel doit bien être distingué de l'élément purement formel traduisant, parfois, l'acte d'affectation, à savoir le classement. Le classement est acte administratif incorporant, par décision administrative ou législative, des biens dans le domaine public. Cependant, cet acte ne doit pas être confondu avec l'intention qui se retrouve dans l'affectation. La raison est simple : le classement, à part quelques exceptions, n'est pas obligatoire pour faire entrer un bien dans le domaine public. L'exception majeure concerne le domaine public fluvial où les cours d'eaux doivent faire l'objet d'un classement avant d'être considérés comme faisant partie du domaine public fluvial¹²⁹. Cette exception est à relativiser,

¹²⁸ M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1919, p. 747.

¹²⁹ Domaine public fluvial : articles L. 2111-7 à L. 2111-11 du CGPPP.

d'une part, parce qu'elle concerne le domaine public naturel, et d'autre part, parce que cet acte de classement n'est pas exigé pour les autres dépendances du domaine public artificiel. Le juge se contente de l'affectation traduite sous forme d'intention et d'aménagements pour incorporer le bien au domaine public. Très souvent, l'intention de l'administration d'affecter un bien à l'utilité publique se traduit par un acte juridique comme une délibération du conseil municipal, ou encore un décret. Mais, il arrive parfois que la seule intention de l'administration suffise à faire entrer un bien au sein du domaine public comme l'affectation à l'usage du public d'un chemin rural. Ce sera également le cas de la voirie urbaine si la situation de la voie dans l'agglomération et son affectation de fait à la circulation du public sont bien réelles¹³⁰. L'acte de classement n'a qu'un effet déclaratif. La situation d'un bien qui aurait fait l'objet d'une décision de classement sans recevoir une affectation de fait ne saurait faire partie du domaine public¹³¹.

Ce classement de fait traduit une volonté de l'administration, qui implicitement, sans prendre un acte formel de classement, décide d'affecter un bien à l'utilité publique¹³². Le juge se contente de constater que l'affectation est présente sans rechercher d'acte de classement. Par exemple, dans plusieurs jurisprudences du Conseil d'Etat, les juges examinent simplement les différentes actions de l'administration sans rechercher un acte de classement. En 1960, un arrêté municipal interdisant la circulation automobile sur une place avait eu pour effet de conférer à celle-ci la qualité de promenade publique en raison de son affectation à l'usage direct du public¹³³. On retrouve la même démarche dans l'arrêt du Conseil d'Etat à propos de la simple ouverture du château de Bonaguil par une délibération du conseil municipal de Fumé. Le juge en déduit que cette simple délibération est la preuve de l'affectation du château au service public culturel¹³⁴.

Au classement s'est peu à peu substituée l'affectation. Non seulement, l'affectation de fait suffit pour constater l'utilité publique mais encore elle entraîne par conséquent son incorporation de fait au domaine public. C'est l'affectation qui devient ainsi l'élément incontournable de la distinction entre le domaine public et le domaine privé.

¹³⁰ CE, 14 décembre 1910, Commune de la Brosse-Montceaux, Rec. Conseil d'Etat, p. 944. En l'espèce, il s'agissait d'une place.

¹³¹ CE, 15 juin 1932, Dame Veuve Laffitte et sieur Vignes, Rec. Conseil d'Etat, p. 587.

¹³² Voir sur cette théorie L. Siorat, « La notion d'affectation en matière domaniale », *RDJ*, 1958, p. 866 ; M. Gros, « Affectation et domanialité publique », *RDJ*, 1992, p. 767.

¹³³ CE, 2 avril 1960, Berthier, Rec. Conseil d'Etat, p. 264.

¹³⁴ CE, 11 mai 1977, Costes, Rec. Conseil d'Etat, tables p. 823.

A lire la définition de l'affectation de M. Gros¹³⁵, on peut retrouver trois éléments. Il fait de la notion d'affectation l'élément central de la domanialité publique. Le premier élément est bien sûr l'acte de classement, s'il existe. Le deuxième élément est constitué de l'aspect fonctionnel à savoir, l'affectation « *stricto sensu* » pour reprendre l'expression de l'auteur. Enfin, le dernier élément se compose de l'adaptation du bien afin de démontrer son importance voire son caractère irremplaçable. C'est alors que les aménagements spéciaux ou indispensables interviendraient. Comme le souligne M. Gros¹³⁶, nous assistons à un élargissement de la notion d'affectation et surtout au passage du seul classement formel exigé pour que le bien puisse incorporer le domaine public à un acte de simple volonté de la part de l'administration, acte pouvant être simplement constaté par le juge administratif.

La notion d'affectation des biens à l'utilité publique apparaît alors plus précise. Ses contours semblent montrer une notion concrète, ciblée sur des biens particuliers et tournée vers l'intérêt général. Cette notion au service de la satisfaction des besoins publics, constatés par les juges administratifs, ne doit pas non plus être noyée dans l'immensité que peut recouvrir l'intérêt général.

Par conséquent, soulignons qu'elle comporte des degrés. Au sein des biens affectés à l'utilité publique, certains sont plus importants que d'autres. Cela ne signifie pas qu'il faille nier l'intérêt que tous peuvent apporter, mais cela emporte comme conséquence qu'ils n'ont pas vocation à intégrer le domaine public voire la propriété publique.

Section II : Les degrés possibles de l'affectation : l'importance de l'utilité publique en jeu.

L'affectation à l'utilité publique signifie qu'il ne peut pas y avoir d'affectation par nature car l'affectation suppose déjà une intervention humaine, une prise de décision par une

¹³⁵ Cf. *supra* note n° 132, p. 779.

¹³⁶ Cf. *supra* note n° 132, p. 749.

personne publique ou autre. Il faut également prouver, qu'au sein des différents cas d'affectation des biens à l'utilité publique, certains ont vocation, plus que d'autres à justifier l'existence d'un domaine public (§1). L'affectation suppose au préalable une volonté sociale mais aussi politique de destiner un bien à un but (§2).

§1- Le choix de l'affectation : des variations possibles autour de ce choix politique.

La dichotomie sans cesse présente en droit, notamment dans l'ordre juridique et particulièrement en droit public, a fait émerger en droit public des biens une opposition entre le domaine public et le privé. Les biens sont automatiquement classés comme appartenant soit au domaine public ou privé. Les raisons invoquées pour justifier ces différences tiennent aux règles applicables différentes entre ces deux domaines. Pourtant, la réalité est différente amenant une remise en cause de cette opposition (A). La conséquence est automatiquement une mise en avant du pouvoir de l'affectataire des biens en question (B).

A-L'échelle de l'affectation.

Il est sans doute possible d'envisager qu'il existe des degrés dans l'affectation des biens à l'utilité publique. Il apparaît que lorsque le bien est affecté à un simple usage du public, les restrictions, les contraintes sont moindres et la protection aussi. Alors que pour l'affectation à un service public, la protection est plus grande.

On peut, sans doute, élaborer une échelle d'affectation à l'image de l'échelle de la domanialité. Ce ne serait plus ici le régime juridique qui varierait mais l'affectation en elle-même selon son importance.

Les différents degrés ne sont pas chose aisée à construire et notamment les critères de passage du glissement d'un échelon à un autre. De la même manière que ce qui se produit pour l'échelle de la domanialité publique.

Peut être y a-t-il des biens qui ont plusieurs affectations en eux et on pourrait alors distinguer l'affectation principale, l'affectation secondaire. Si le bien est utilisé pour son affectation principale, alors un régime spécifique propre s'applique, à caractère coercitif au regard de l'importance de l'affectation principale. S'il est utilisé pour son affectation secondaire, alors un régime juridique spécifique un peu plus souple apparaît : on pourrait dire que l'on a des degrés d'affectation suivant l'utilité du bien. La protection du bien est étroitement liée à l'importance de l'affectation.

Le problème est comment déterminer cette importance, comment reconnaît-on l'importance de l'affectation d'un bien : est-ce la présence d'un service public ou l'usage direct du public seulement ? Pour la présence d'un service public, la jurisprudence en reconnaît beaucoup et il faut se référer à la définition jurisprudentielle d'un service public mais dans le cas de l'usage direct du public, la reconnaissance est plus complexe.

C'est dans les années quatre-vingt, en pleine crise du domaine public¹³⁷, qu'ont été remise au goût du jour les théories sur l'échelle de la domanialité publique. En fait, en plein désarroi sur la gestion du domaine public et la volonté de valoriser les biens appartenant aux personnes publiques, l'idée d'une distinction entre le domaine public et le domaine privé est controversée. C'est alors que la doctrine de Duguit¹³⁸ notamment, ressort à cette époque. Cette théorie prônait non pas une distinction entre le domaine public et le domaine privé mais plutôt une échelle de domanialité publique. L'idée consiste à établir et appliquer des règles sensiblement différentes aux biens suivant « la nature de la chose, la catégorie du service, le mode d'affectation ou d'emploi ». Cette théorie correspond à l'idée qu'il existe en haut de l'échelle des biens formant un noyau dur pour lesquels les règles de protections sont au maximum. Au fur et à mesure que l'on descend de l'échelle, les règles de protection sont de moins en moins contraignantes pour finalement, assimiler les biens des personnes publiques à

¹³⁷ Voir l'analyse de cette crise du domaine public dans le chapitre suivant.

¹³⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, de Bocard, Tome III, 2^{ème} édition, 1923, p. 344 et s.

de simples biens relevant du droit privé. L. Duguit distingue six catégories de biens correspondant à son échelle de domanialité publique. Il y a les choses « affectées au libre usage du public », « les chemins de fer », « les divers ouvrages militaires, forts, forteresses, murs et fossés d'une place forte », « les forêts de l'Etat », « les immeubles bâtis ou non, affectés au fonctionnement d'un service public » et les « objets mobiliers classés ». Si cette distinction aujourd'hui ne correspond pas à la réalité, elle est pourtant d'actualité. Elle mérite que l'on y accorde de l'importance au regard des différents changements affectant le droit public des biens. En effet, l'échelle de domanialité existe, matériellement parlant, en droit positif. En effet, au sein du domaine public, il y a des biens qui ne sont pas tous soumis aux mêmes règles. Alors que la domanialité publique illustrée par le principe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité devrait s'appliquer à tous les biens, il y a des exceptions de plus en plus fréquentes. Le contournement le plus significatif de la règle d'inaliénabilité se traduit par toutes les dérogations législatives apportées à l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public¹³⁹. Par conséquent, au sein du domaine public, il y a des degrés dans l'application des règles de la domanialité publique. Au sein du domaine privé, il y a aussi un certains nombres de biens qui sont soumis pratiquement aux mêmes règles que les biens privés tandis que d'autres se voient appliquer un certains nombres de règles exorbitantes du droit commun¹⁴⁰.

La distinction entre le domaine public et le domaine privé, si elle reste utile dans la logique binaire du droit en général, ne reflète cependant pas la réalité. Il n'y a pas un régime juridique unique et identique pour les biens appartenant soit au domaine public ou au domaine privé. Mais, chaque bien et chaque affectation commande un régime juridique adapté à ses propres besoins. C'est notamment ce qu'il faudra démontrer et c'est ce que R. Capitant démontre dans sa célèbre note sous l'arrêt Commune de Barran en 1932¹⁴¹. C'est également un peu cette idée que soutient M. Duverger dans sa thèse sous la différenciation de domanialité publique complète ou restreinte¹⁴².

Cette théorie a eu plusieurs échos¹⁴³ mais elle n'a pas été entérinée car la distinction entre le domaine public et le domaine privé est toujours en vigueur¹⁴⁴. Elle a eu pour effet de faire

¹³⁹ Voir pour ces dérogations, les explications dans la Partie II.

¹⁴⁰ Voir pour ce constat, F. Melleray, « L'échelle de la domanialité », *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, 2004, p. 294 et s.

¹⁴¹ R. Capitant, note sous CE, 17 février 1932, Commune de Barran, D.1933, IIIème partie, p. 49.

¹⁴² M. Duverger, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Thèse, Bordeaux, 1940.

¹⁴³ Cf. *supra* note n°76. Ce sera également l'objet de développements, surtout dans la Partie II.

dire au Conseil d'Etat dans son rapport de 1986¹⁴⁵, et notamment par M. A. Latournerie contribuant à ce rapport, qu'une échelle de la domanialité publique permettrait aux collectivités publiques d'avoir une gestion plus souple de leurs biens. M. A. Latournerie proposait d'ailleurs de faire disparaître la notion de domaine privé et de soumettre les biens des personnes publiques à des régimes juridiques différents. A de nombreuses occasions, elle a défendu ce point de vue¹⁴⁶. Elle explique tout le paradoxe de l'existence du domaine privé, d'ailleurs ignoré par le Code Civil et par beaucoup de pays étrangers comme l'Allemagne ou les pays du *Common-Law*. Pour cette dernière, le domaine privé n'est qu'un souvenir des querelles doctrinales au moment de la construction de la théorie du domaine public¹⁴⁷ mais ne reflète pas du tout le droit positif.

Elle est surtout aujourd'hui une théorie qui pourrait avoir tout son rayonnement d'une part, parce que les notions de propriété et de domanialité publiques sont distinctes grâce à l'apport de P. Yolka dans ce domaine¹⁴⁸.

Cela permettrait aussi d'expliquer et d'intégrer les nombreux cas comme ceux des biens pourtant affectés à l'utilité publique, essentiellement à un service public, comme par exemple, les biens de La Poste ou encore ADP. En effet, ces biens étant sortis du domaine et *a fortiori* de la propriété publique à cause de leurs appartenances à une personne privée, sont pourtant soumis à un régime marqué de ressemblances avec les règles de la domanialité publique. Ces biens sont tout simplement commandés par leurs affectations qui engendrent un minimum incompressible de règles afin de préserver l'utilité publique en jeu. Par conséquent, bien qu'appartenant à des personnes privées, les biens reçoivent une protection quasi identique aux biens appartenant au domaine public. Le régime de quasi domanialité publique¹⁴⁹ est hybride comme nous le verrons par la suite.

Par conséquent, l'échelle de la domanialité dominée par la notion d'affectation apparaît plus révélatrice de la situation juridique actuelle. De plus, elle permettrait de faire disparaître à la fois la distinction entre le domaine public et le domaine privé mais aussi le critère organique

¹⁴⁴ C'est de l'article L. 2211-1 du CGPPP que l'on déduit que le domaine privé comprend : « Les biens des personnes publiques mentionnés à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application du titre I du livre I. »

¹⁴⁵ Rapport du Conseil d'Etat, « Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques », juin 1986, *EDCE*, 1987, n°38.

¹⁴⁶ M.A. Latournerie, « Pour un nouveau concept du domaine public », *CJEG*, n°617, février 2005, p. 48 et s et du même auteur, *Point de vue sur le domaine public*, Politique clefs, Montchrestien, 2004, 28 et s.

¹⁴⁷ Voir le chapitre suivant pour des précisions sur ce point.

¹⁴⁸ P. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, p. 611 et s.

¹⁴⁹ Voir la Partie II des développements.

servant à l'application du régime juridique de la propriété publique et à l'incorporation des biens au sein du domaine public¹⁵⁰.

L'affectation à part entière semble être une notion servant de pilier aux règles protectrices des biens affectés à l'utilité publique. Elle reflète ainsi un fort engagement, assimilable à un engagement politique.

B-L'affectation : un choix politique.

L'échelle de la domanialité publique met en évidence que l'affectation est le marqueur d'une volonté ou d'une intention de donner un sens à un bien. Cette notion est la marque d'un choix intentionnel de la personne publique.

En soulignant que cette notion d'affectation est la manifestation d'un pouvoir relativement autonome des personnes affectataires¹⁵¹, il faut alors se demander sur quels fondements juridiques cette affirmation est-elle possible ? Aussi, faut-il alors s'interroger sur la nature de ce pouvoir et si ce dernier est totalement discrétionnaire.

L'intérêt est alors de savoir si cette affectation peut être contrôlée, limitée voir imposée aux personnes titulaires de cette capacité. L'enjeu est de comprendre si ce pouvoir est dénué de tout contrôle, notamment de la part du juge administratif.

Cette affectation, comme précédemment énoncée, est la marque d'une volonté de l'administration au sens large, et plus précisément de personnes publiques propriétaires d'un domaine public ou encore de personne privée en charge de biens affectés à l'utilité publique.

¹⁵⁰ Traiter de cette échelle de la domanialité tend à montrer l'importance de l'affectation et son impact.

¹⁵¹ Voir sur ce point particulier du pouvoir de l'affectataire, qui diffère, du pouvoir du propriétaire du bien, les chapitres 1 et 2 du titre II de la Partie I.

En dehors des hypothèses où l'affectation est prédestinée ou incorporée au sein des biens, elle est bien la marque d'une intervention humaine. Les dépendances du domaine public naturel sont étrangères à cette intervention, tout comme les biens meubles, dépourvues aujourd'hui de tout critère d'affectation¹⁵².

Pour tous les autres biens affectés à l'utilité publique, une intervention humaine, généralement une personne publique, est nécessaire. Or, ces personnes publiques, dans le cadre de la légalité sont libres de décider d'affecter tels ou tels types de biens à une affectation. La décision d'affectation est une décision politique¹⁵³. Par politique, on entend une décision relevant d'une entité juridique élue, comme un conseil municipal, un conseil général ou régional. Il peut s'agir d'entité juridique non élue comme les ministères ou encore le Préfet qui possèdent cependant moins de marge de manœuvre. Par ces décisions, un choix de société reflétant une idée politique est exprimé. C'est un pouvoir discrétionnaire de la part des personnes publiques quand elles décident d'affecter un bien à tel ou tel usage.

Ce pouvoir est cependant encadré et n'est pas totalitaire. Les personnes publiques peuvent décider d'affecter un bien à un but particulier mais ce dernier doit répondre à un but d'utilité publique. Soit, elles décident de l'affecter à l'usage direct du public comme une place, un jardin public ou à l'exécution d'une mission de service public comme les écoles ou des circuits touristiques ou encore des stades pour des activités sportives. Comme énoncé¹⁵⁴, les personnes publiques ne peuvent user de leur pouvoir d'affectation que pour satisfaire un but d'utilité publique ou d'intérêt général plus largement. Or, ce but, nous le verrons ensuite¹⁵⁵, est contrôlé par le juge administratif. Par conséquent, les personnes publiques sont relativement circonscrites par ce but à respecter. Le juge administratif se doit de vérifier, pour qu'un bien puisse intégrer le domaine public, si les formalités sont respectées mais surtout si l'affectation à un but d'utilité publique est bien présente¹⁵⁶. Si cette condition n'est pas vérifiée et constatée par le juge administratif, la sanction est immédiate : le bien ne fera pas

¹⁵² Voir sur ce point, les développements précédents de la section I de ce chapitre.

¹⁵³ Voir par exemple, l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 janvier 2006, Commune de la Souche, *AJDA* 2006, p. 231: La commune décide d'affecter le gîte rural en question et d'en faire un bien affecté au service public touristique. Cette délibération emporte par conséquent l'obligation pour les occupants précédents du gîte de mettre fin à leur activité.

¹⁵⁴ Lors des développements qui précèdent, la notion d'utilité publique a été éclaircie afin de rendre compte des différentes hypothèses.

¹⁵⁵ Voir les développements dans le chapitre relatif au contrôle de l'affectation et de l'utilité publique par le juge administratif.

¹⁵⁶ Nous ne développerons pas, ici, les modalités du contrôle car le chapitre suivant traite de la vision du juge administratif sur la notion d'affectation.

partie du domaine public, au même titre que si ce dernier n'était pas la propriété d'une personne publique.

Ce choix qu'opère le juge sur ce pouvoir politique peut-il s'analyser comme un contrôle de l'opportunité ? En tant que choix opéré par l'administration, il est vrai que le juge administratif va alors contrôler le bien-fondé de ce choix en vérifiant la présence de l'affectation à l'utilité publique. En contrôlant si le bien va réellement satisfaire un besoin d'utilité publique, le Conseil d'Etat n'aura pas d'autres choix que de contrôler l'opportunité d'une telle affectation. Cependant, devant un pouvoir comme l'affectation, le juge administratif laisse une certaine marge de manœuvre aux personnes publiques. Même si, ces dernières années, les juges montrent plus de rigueur dans le contrôle de l'affectation des biens, cela n'a pas toujours été le cas¹⁵⁷. Les personnes publiques qui souhaitent affecter des biens à l'usage direct du public ont une marge de manœuvre plus grande que celles qui veulent les affecter à l'exécution d'une mission de service public. En effet, ce dernier est une notion encadrée par la loi et qui répond à une définition plus précise¹⁵⁸.

Au regard de la jurisprudence qui sera analysée sous l'angle du critère de l'affectation¹⁵⁹, on peut simplement remarquer que le juge vérifie en effet la présence de l'affectation du bien à l'utilité publique mais il n'opère pas un contrôle très sévère. Aussi, n'est-ce pas un contrôle à la limite de l'opportunité qui pratique l'ordre administratif mais simplement un contrôle de la légalité dit « normal », portant à la fois sur les faits, leurs qualifications juridiques ainsi que sur le droit, en passant de la violation de la loi au détournement de pouvoir.

Il y a deux éléments caractéristiques de l'affectation : le choix d'un usage, c'est-à-dire les buts de l'affectation, la réalisation de cet usage, à savoir les techniques de l'affectation. Deux caractéristiques qui nous permettent de comprendre le rôle de cette affectation à l'utilité publique et qui va donner aux autorités publiques le fondement de ses interventions, la raison

¹⁵⁷ Voir les développements du chapitre suivant qui traite du cas de l'hypertrophie du domaine public lié à un certain laxisme du juge administratif sur le critère de l'aménagement spécial.

¹⁵⁸ Définition du service public : La définition fonctionnelle du service public ne fait pas l'unanimité en doctrine et elle est indéfinissable. On peut seulement en donner les éléments fondamentaux. « Une activité constitue un service public quant elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public », in R. Chapus, *Droit administratif Général*, Tome 1, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, p. 579.

¹⁵⁹ Voir les développements du chapitre suivant.

d'être de ses actions. La notion d'affectation transcende les distinctions entre le domaine public et le domaine privé.

Cette notion d'affectation va impulser une dynamique au sein du droit public des biens.

§2- Les conséquences de la mise en avant de l'affectation.

Aujourd'hui, la notion d'affectation transcende non seulement la distinction entre le domaine public et le domaine privé mais aussi celle de la propriété publique. Elle peut concerner à la fois le domaine public, le domaine privé des personnes publiques mais désormais la propriété des personnes privées¹⁶⁰.

Cette nouvelle approche permet une meilleure approche du droit domanial (A) ainsi qu'une meilleure perspective de ce que doit recouvrir exactement la notion de domaine public (B).

A-La notion d'affectation : un outil de gestion domaniale.

¹⁶⁰ L. Rapp, « Entrée et sortie des biens (la propriété « choisie ») », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 926.

La valorisation économique du domaine public est une préoccupation actuelle qui touche notamment les biens des personnes publiques. Or, nous nous attarderons sur cette valorisation¹⁶¹, mais on peut d'ores et déjà affirmer que cette nouvelle approche est la preuve des différents mouvements actuels du droit domanial. Ces changements affectent les notions classiques telles que la distinction entre le domaine public et le domaine privé, ainsi que la manière de gérer les dépendances domaniales.

La mise en avant de la notion d'affectation bouleverse l'ordre établi et force à penser le domaine public davantage comme une réalité économique plutôt qu'une catégorie de biens intouchables devant être protégés de tout.

La logique managériale ne pourrait exister si la notion d'affectation n'était pas centrale. Cette notion, de toute évidence, force à penser le droit domanial davantage par l'affectation des dépendances que par la propriété de ces dernières¹⁶².

La preuve est assez aisée à rapporter quand on observe les différentes interventions législatives qui tendent à importer des mécanismes de gestion domaniale au sein même du domaine public ou du domaine privé¹⁶³. Des passerelles évidentes existent entre le domaine public et privé.

Ces multiples précisions quant à la notion d'affectation sont en mesure d'expliquer en quoi aujourd'hui, le domaine public devient plus restreint.

B- Le domaine public : un noyau dur réduit au minimum.

¹⁶¹ Voir pour cette problématique, le titre II de la Partie II.

¹⁶² Voir notamment J-P. Duprat, « L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat », *AJDA*, 21 mars 2005, p. 578 et s.

¹⁶³ Ordonnance du 19 août 2004 à propos des immeubles à usage de bureaux, n°2004-825, *JO* 21 août 2004, p. 14946 ; Décret du 4 novembre 2004, relatif aux modalités d'aliénation du domaine privé immobilier de l'Etat, n°2004-1175, *JO* du 6 novembre 2004, p. 18769.

Ces développements concernant les conséquences de la notion d'affectation sublimée en droit domanial participe de ce long débat, initié par R. Capitant¹⁶⁴ et repris dans des études plus récentes du Conseil d'Etat¹⁶⁵. Non seulement, le constat d'une échelle de protection des biens et donc de domanialité est une réalité en droit positif par la multiplication des régimes juridiques différents construits de toutes pièces par le législateur principalement. Mais, les frontières sont de plus en plus poreuses entre le domaine public et le domaine privé et même entre la propriété publique et privée.

Or, l'adoption du CGPPP en 2006 n'apporte pas de réelles solutions quant à cette situation juridique. Certes, des possibilités de dérogations au principe d'inaliénabilité sont de plus en plus fréquentes et une facilité de gestion domaniale est apportée par le CGPPP.¹⁶⁶ Cependant, ces apports sont minimes et ne répondent pas aux constats énoncés précédemment à savoir une distinction du domaine public et privé qui ne trouve plus sa raison d'être ainsi et une multiplication des régimes juridiques sur mesure qui ne participent pas à la lisibilité du droit.

De toutes ces incompréhensions et interrogations qui nous recroiserons au cours de la démonstration, il semble tout de même se dégager une grande tendance, certes perfectible, mais intéressante à savoir celle de la distinction entre un « noyau dur » soumis à la domanialité publique et les autres biens non soumis à ces règles. Ce « noyau dur » incompressible semble devoir rester soumis à des règles assez contraignantes en raison de son affectation à l'usage direct du public. Il s'agit par exemple, des domaines publics routier, fluvial maritime ou encore ferroviaire. Ces domaines correspondent à l'exercice de grandes libertés publiques comme celles d'aller et venir¹⁶⁷. En tant que domaine abritant de nombreuses libertés publiques, qui n'ont certes pas toutes la même valeur, le domaine public demeure le support indispensable de ces grandes libertés¹⁶⁸. Ces grandes libertés publiques au premier plan desquelles figure la liberté d'aller et venir vont davantage trouver leurs épanouissements dans le domaine public affecté à l'usage de tous. Dès lors que va être instauré un service public, l'exercice de ces grandes libertés se trouve réduites. En effet, l'utilisation du domaine public ne pourra se faire qu'au travers de ce service public, qui aura dans la plupart des cas, des conditions d'accès relatifs aux prix, aux personnes ou autres.

¹⁶⁴ Cf. *supra* note n°141.

¹⁶⁵ Cf. *supra* note n°145.

¹⁶⁶ Voir la Partie II qui traite essentiellement de ces nouveaux apports du CGPPP.

¹⁶⁷ P. Delvolvé, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, Janvier-février 1985, p. 2 et s. Sur la valeur constitutionnelle du principe d'aller et venir : CC, 12 juillet 1979, *AJDA*, septembre 1979, II, p. 46.

¹⁶⁸ Voir notamment en ce sens, les propos de J-P Brouant, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie, atteinte ? », *LPA* du 15 juillet 1994, n° 84, p. 21 et s.

Par conséquent, en restant soumis aux principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, on s'assure une protection efficace surtout pour les dépendances affectées à l'usage de tous. Pour les autres dépendances, il n'est pas question de renier l'intérêt de leurs affectations, mais leurs affectations à un service public ne commandent pas l'édiction d'un régime juridique aussi sévère que la domanialité publique¹⁶⁹. Nous le verrons, ce qu'il est important de dire est qu'une privatisation de leurs utilisations est possible, ce qui est inenvisageable pour les biens faisant parties du « noyau dur ».

Certains auteurs comme C. Lavalie vont même plus loin dans cette analyse. Il énonce en effet la fin quasi certaine de la jurisprudence Société Le Béton et par conséquent du critère de l'affectation des biens au service public¹⁷⁰. L'auteur explique que ce domaine des biens affectés à un service public a été créé de toute pièce à côté du domaine public affecté à l'usage de tous et des biens composant l'article 538 du Code civil de l'époque. Le domaine public reste avant tout un domaine tourné vers le public et mis à sa disposition. C. Lavalie écrit à propos de la vraie nature du domaine public : « C'est un espace destiné à accueillir la part intrinsèquement collective des activités individuelles et qui pour cela sera soustrait à l'appropriation privée, ce qui le distingue des lieux publics privés, lieux privés ouverts au public, tels les grands magasins, cinémas, théâtres, salles de concert, par exemple où les gens viennent pour des motifs d'ordre privé. »¹⁷¹ En revanche, les biens affectés à un service public sont parfaitement compatibles avec une appropriation privée, pratique d'ailleurs ancienne¹⁷². L'auteur explique comment ce critère de reconnaissance d'un bien appartenant au domaine public est en plein recul et qu'il ne sert plus tellement de reconnaissance justement des biens qui appartiennent au domaine public. Nous l'expliquerons, comme énoncé, que ces biens sont de plus en plus souvent privatisés. Avec l'aval du Conseil constitutionnel qui valide les lois dérogeant aux règles de la domanialité publique¹⁷³, les personnes publiques autorisent de plus en plus personnes privées à avoir des droits réels sur le domaine public. Le législateur va même plus loin quand il privatise toute la gestion des biens affectés à un service public pour la confier à une personne privée si bien que ces biens sortent du domaine public. L'auteur démontre qu'en rédigeant le nouveau CGPPP, le législateur a volontairement laissé le critère réducteur de l'aménagement indispensable pour les biens affectés à l'exécution d'une mission

¹⁶⁹ Voir la Partie II essentiellement pour des détails sur ces points.

¹⁷⁰ C. Lavalie, « Que reste-t-il de la jurisprudence Société le Béton ? », *RFDA*, mai-juin 2010, p. 533 et s.

¹⁷¹ Cf. *supra* note n° 170, p. 535.

¹⁷² Voir la partie II pour davantage d'explications sur la privatisation des biens affectés à un service public.

¹⁷³ Voir notamment la partie II dont l'objet est d'expliquer ces dérogations.

de service public¹⁷⁴. En effet, en donnant une définition législative de la composition du domaine public, le législateur a eu l'occasion de réaffirmer le double sens de l'affectation, mais en privilégiant l'affectation à l'usage direct du public qui se suffit à lui-même pour que le bien intègre le domaine public. Enfin, le critère de l'affectation des biens au service public pour définir le domaine public concerne uniquement les biens immeubles. Toute référence à ce critère a été ôtée de la définition des biens meubles¹⁷⁵.

On rejoint alors notre idée développée dans le paragraphe précédent. Il s'agit en fait, de restituer sa valeur au pouvoir politique des personnes décidant d'affecter un bien. Les personnes publiques sont libres de décider de la meilleure technique juridique pour protéger et faire perdurer l'affectation. Elles peuvent aussi envisager de déléguer cette gestion à des personnes privées. Il faudra alors aller plus loin que cette proposition du « noyau dur » et les autres dépendances en remettant en cause l'élément encore commun à savoir la propriété publique. Le service public, pour l'heure ne semble plus être un critère qui peut préjuger de la nature d'un bien et de son obligation d'être la propriété d'une personne publique.

C'est en cela qu'il faut désormais analyser quelle est la place de cette notion en droit des biens publics. L'affectation des biens doit être replacée dans son contexte, il faut examiner son évolution, son rayonnement. Pour cela, une analyse historique s'impose pour comprendre quelle est sa place aujourd'hui.

¹⁷⁴ Voir l'article L. 2111-1 du CGPPP, article étudié plus longuement au cours des développements.

¹⁷⁵ Voir l'article L. 2112-1 du CGPPP relatif aux biens meubles.

Chapitre II : La notion d'affectation des biens à l'utilité publique : une notion guide au service du droit des biens.

Nous avons démontré auparavant que la notion de l'affectation est complexe, recouvrant une signification particulière.

L'affectation est avant tout un critère permettant de définir le domaine public. Or, la détermination du bon critère du domaine public a pris plusieurs décennies. Dans le CGPPP, le critère de l'affectation est mis en avant de façon évidente. Néanmoins, le Code opte pour une présentation propriétaire même si l'on observe tout de même une préoccupation majeure pour l'affectation des biens.

Ce critère est déterminant pour la composition du domaine public et tend à prendre une importance croissante.

En pratique, lors de la création des différents régimes spéciaux tendant à la sortie de biens du domaine public, le Conseil Constitutionnel ne semble préoccupé que de la présence et du respect de ce critère.

Il faudra tout d'abord, prouver en quoi le critère de l'affectation, bien que concurrencé par le critère de la propriété publique, est et restera fondamental comme en témoigne les volontés législative et jurisprudentielle affichées. (Section I)

Il s'agit ensuite de démontrer que la notion finaliste de l'affectation a pris le dessus ces dernières années dans le droit public des biens. Ce critère semble s'imposer et paraît suivre un mouvement général de prédominance du critère matériel par rapport au critère organique. (Section II)

Section I : Le critère de l'affectation : un critère servant de guide au droit des biens publics.

En se référant à une définition classique du domaine public, on s'aperçoit que la notion d'affectation apparaît systématiquement. Elle est généralement présentée comme le deuxième critère d'identification d'un bien au domaine public, le premier critère exigeant que le bien appartienne à une personne publique pour entrer dans le domaine public et le troisième critère étant le critère de l'aménagement spécial, aujourd'hui dénommé indispensable.

La notion d'affectation du bien à l'utilité publique est ainsi un élément incontournable servant à la définition du domaine public. Mais son rayonnement est plus vaste encore et c'est ce que nous tenterons de découvrir au cours de ces développements (§1). Nous mettrons en évidence l'engouement croissant pour cette notion (§ 2).

§1- Un critère partie prenante de la consistance du domaine public et des grandes notions du droit administratif.

En droit administratif, la partie la plus ancienne de la doctrine a mis du temps à reconnaître l'importance de la notion d'affectation des biens à l'utilité publique et l'ampleur de son apport. Aujourd'hui, cette notion est un élément incontournable du droit administratif des biens. (A)

L'affectation sert de fondement juridique à l'ensemble de la matière et semble être, à juste titre, davantage reconnue ces derniers temps. (B)

A-Le critère de l'affectation : un critère ancien servant à la définition du domaine public.

Le critère de l'affectation et la notion d'affectation en général sont désormais ancrés dans le droit administratif français.

C'est en droit administratif des biens que la notion d'affectation revêt une importance particulière. En effet, la première utilisation de la notion d'affectation sert à identifier un bien appartenant au domaine public. On verra par la suite que la notion d'affectation se retrouve dans d'autres branches du droit administratif des biens. On prouvera grâce à cela que cette notion transcende le domaine public et qu'elle sert de guide à la matière. La cause de cette omniprésence est due à sa capacité à justifier l'existence d'un domaine public et de ses règles contraignantes. Il en est de même dans les autres domaines du droit administratif des biens comme en matière d'expropriation publique où une cause d'utilité publique doit justifier l'opération. Dans le même ordre d'idée, les travaux publics doivent être réalisés dans un but d'intérêt général ou pour accomplir une mission de service public. Enfin ce critère est présent en matière d'ouvrages publics. Dans chaque domaine, l'instauration d'un régime de droit public, avec des règles certes contraignantes, vise à protéger cette affectation, ou plus généralement ce but d'intérêt général.

Depuis plusieurs années cette notion sert à définir le domaine public. C'est un critère fondamental dans la définition même du domaine public. Depuis longtemps, tous les auteurs le présentent comme le critère matériel, qui complète le critère organique à savoir la propriété publique. Il est considéré comme un critère complémentaire qui permet de constater qu'un bien immobilier appartient au domaine public. Pour de nombreux auteurs contemporains, un bien appartient au domaine public, s'il appartient d'une part à une personne publique à savoir l'Etat, les collectivités territoriales ou un établissement public¹⁷⁶. On peut citer en ce sens, l'arrêt du Conseil d'Etat, du 8 mai 1970, Société Nobel-Bozel¹⁷⁷ qui exclut du domaine public un mur longeant une voie publique et implanté sur un terrain privé. Donc, il est très clair et

¹⁷⁶ Ce sont aujourd'hui les articles L. 1 et L. 2 du CGPPP qui indiquent quelles sont les personnes publiques susceptibles d'être propriétaires d'un domaine public : L'article L. 1 énonce : « 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. » L'article L. 2 énonce : « Le présent code s'applique également aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant aux autres personnes publiques dans les conditions fixées par les textes qui les régissent. »

¹⁷⁷ R. Denoix de Saint Marc, D. Labetoulle, note sous CE, 8 mai 1970, Société Nobel-Bozel, *AJDA*, 1970, p. 312.

cela est encore vrai aujourd'hui que dès l'instant où un bien appartient à une personne privée, il est impossible que ce bien intègre le domaine public. On précisera aussi que sont susceptibles d'être propriétaire d'un domaine public, l'Etat sans aucun doute, les collectivités territoriales à savoir la Région, le Département et la Commune et enfin les établissements publics depuis la confirmation dans l'arrêt célèbre du Conseil d'Etat, 21 mars 1984, Mansuy.¹⁷⁸

D'autre part, le bien doit être affecté à l'usage direct du public comme l'exige le Conseil d'Etat dans son célèbre arrêt Marécar du 28 juin 1935 concernant les cimetières¹⁷⁹, ou à l'exécution d'une mission de service public, comme l'arrêt du Conseil d'Etat, Société le Béton en date du 19 octobre 1956¹⁸⁰, l'énonce aussi. Cette affectation est donc essentielle, notamment pour J. Morand-Deville, qui parle de critère fédérateur du droit administratif des biens. C'est la raison même de l'existence du domaine public. Ce critère de l'affectation fait l'originalité du domaine public. En effet, la principale distinction entre le domaine public et le domaine privé est que les dépendances du domaine public sont affectées à une utilité publique. C'est cela qui justifie qu'elles fassent l'objet d'un traitement particulier.

Mais cela n'a pas toujours été le cas. Le débat sur les critères d'appartenance d'un bien au domaine public, et plus généralement, la question de l'apparition du domaine public ont suscité de nombreuses querelles doctrinales. L'apparition du domaine public ne fut pas immédiate. Au fur et à mesure, les critères et la définition du domaine que nous connaissons actuellement ont émergé. Auparavant, on ne parle même pas de domaine public. Au 14^{ème} siècle, notamment chez les Domanistes¹⁸¹, la question de l'existence d'un domaine public est absente. Le domaine à cette époque se rattache à l'idée de souveraineté du Roi. Mais on a déjà l'idée que le Monarque a le devoir d'assurer la garde, l'intendance du domaine et notamment son affectation. Au fil du temps, va commencer à naître la théorie domaniale grâce à l'apparition de l'Edit de Moulins en 1566 qui va institutionnaliser la règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. A partir de cette date, certains auteurs comme par exemple R. Choppin¹⁸² vont notamment s'interroger sur ce domaine et sur la nature du droit qu'exerce le Roi sur ce domaine. Ils démontrent alors que le Roi possède davantage un droit de garde

¹⁷⁸ P. Sablière, note sous CE, 21 mars 1984, Mansuy, *CJEG*, 1984, p. 258. On reprécisera que ce sont les articles L. 1 et L. 2 du CGPPP précédemment cités qui énoncent les personnes publiques susceptibles d'être propriétaires d'un domaine public.

¹⁷⁹ M. Waline, note sous CE, 28 juin 1935, Marécar, *D.* 1936, III, p. 20 et s.

¹⁸⁰ M. Long, conclusions sur CE, 19 octobre 1956, Société Le Béton, *RDP*, 1957, p. 310.

¹⁸¹ Les Domanistes font référence aux auteurs sous l'Ancien Régime hostiles aux thèses de la propriété.

¹⁸² R. Choppin, *Traité du Domaine de la Couronne...* in *Œuvres...* Ed, Paris, Louis Billaine, 1662, t. II.

qu'un véritable droit de propriété sur ce domaine. Ils s'emploient à comparer les pouvoirs du Roi sur le domaine de la Couronne avec ceux de la *lex Julia* attribués au mari sur la dot de sa femme. Il en déduit qu'au nom du principe d'inaliénabilité du domaine de la Couronne consacré par l'Edit de Moulins de 1566, le Roi n'est pas propriétaire de ce domaine tout comme le mari n'est pas propriétaire de la dot de sa femme¹⁸³. Le rôle du Monarque est celui d'un gardien et non celui d'un propriétaire. A l'époque féodale, il était de toute évidence anachronique de parler de droit de propriété car le système reposait entièrement sur la féodalité qui nie la conception actuelle de la propriété privée. Le Roi n'est qu'un gardien du domaine de la Couronne grevé de lourdes charges et servitudes destinées à conserver les dépendances.

A cette époque, la distinction entre le domaine public et le domaine privé n'existe pas. La question de la composition du domaine de la Couronne est intéressante. A cette époque, les institutions étatiques n'existent pas et la seule représentation de la France passe entre les mains du Monarque. C'est pourquoi, le principe d'inaliénabilité est là pour protéger les ressources nécessaires pour payer les dépenses publiques. Ce n'est pas tant le contenu qui était intéressant de protéger mais plutôt la source de richesse qu'il représentait. C'est sur cette fortune que le Monarque devait veiller comme un simple administrateur¹⁸⁴.

Sous l'Ancien Régime, vont figurer dans le domaine de la Couronne ce que l'on nomme les *res publicae*, autrement dit les choses hors du commerce, insusceptibles par nature de toutes formes d'appropriation publique. Pour cette raison, le Monarque ne peut exercer sur ces biens qu'un droit de garde.

Progressivement, une dissociation entre la personne du Roi et le domaine va s'opérer. C'est la naissance de l'Etat moderne. Il va devenir une entité abstraite qui va se détacher de la personne du Roi. L'Etat va devenir, seul, « propriétaire du domaine » est cela va notamment permettre l'apparition du domaine de la Nation dès 1790. La Révolution de 1789 va mettre fin au régime féodal de la propriété en approuvant les décrets des 4 et 11 août 1789. L'ancien domaine de la Couronne est devenu le domaine de la Nation. C'est cette dernière qui va

¹⁸³ Voir sur ce point : M. Boulet-Sautel, « De Choppin à Proudhon : naissance de la notion moderne de domaine public », *Droits*, n°22, 1995, p. 92 et s ; sur ce sujet également : M. Lagrange, « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDP*, 1974, p. 5.

¹⁸⁴ Voir à propos de ce principe : H-G. Hubrecht, « L'inaliénabilité, passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel », *La constitution et ses valeurs*, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, Dalloz, 2005, p. 434 ; G. Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France Médiévale (XIIe-XVe siècles)*, Presses universitaires de Strasbourg, 1996 ; G. Delaloy, « Faut-il supprimer les principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP*, n°3, 2006, p. 578 et s.

détenir la souveraineté. La souveraineté n'est plus détenue et représentée par l'unique personne du Roi, elle a été transférée au peuple qui l'exerce par la voie de ses représentants ou exceptionnellement de manière directe. La souveraineté nationale, détenue par le peuple formant un corps politique indivisible en démocratie s'exprime par la loi à partir de 1790. La règle de l'inaliénabilité va demeurer le principe pour les anciens biens du domaine de la Couronne mais le législateur pourra y déroger si la Nation le souhaite.

Si le principe de l'inaliénabilité du domaine de la Nation demeure, il va changer de fondement. Sous l'Ancien Régime, en l'absence de la distinction entre le domaine public et le domaine privé, l'inaliénabilité garantissait les revenus de la Couronne et les dépenses publiques. Désormais, ce principe est tourné vers le respect de l'affectation des biens. A partir de la distinction qui va s'opérer entre le domaine public et le domaine privé, le fondement de l'inaliénabilité va être entièrement dédié au respect de l'affectation des biens à l'usage direct du public ou à un service public.

La doctrine du domaine public a fait son apparition qu'au 19^{ème} siècle. Cette doctrine se fonde notamment sur l'affectation des biens. La doctrine va principalement s'intéresser à la question de la consistance du domaine, à son régime juridique et à la question du droit de propriété sur ce domaine public.

La consistance du domaine public, qui va progressivement se trouver dissociée du domaine privé, fait encore débat et on considère surtout à cette époque qu'il faut par l'inaliénabilité protéger les biens qui sont hors du commerce. L'affectation n'est pas encore véritablement au centre des préoccupations même si derrière l'idée de protéger les biens hors du commerce, se cache la volonté de préserver des biens qui sont si importants qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une appropriation privée.

H. Berthélémy¹⁸⁵ et V. Proudhon¹⁸⁶ défendent l'idée que le domaine public ne doit être constitué que des biens insusceptibles de propriété privée. V. Proudhon opère une distinction, presque visionnaire pour l'époque, qui rappelle notre distinction actuelle entre le domaine public et le domaine privé. Il oppose irrémédiablement les choses qui se trouvent dans le commerce et les choses hors du commerce. D'après lui, seules les premières sont susceptibles de se voir appliquer un droit de propriété. En revanche, l'Etat ne peut exercer son droit de

¹⁸⁵ H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11^{ème} édition, librairie Arthur Rousseau, 1926.

¹⁸⁶ V. Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Victor Lagier, 1833-1834.

propriété sur les choses qui sont hors du commerce. Il exerce essentiellement sur ces biens un devoir de protection destiné à garantir la jouissance de ces choses à tous. Pour cette raison, V. Proudhon opère une distinction entre le domaine public, recouvrant les choses hors du commerce et le domaine de l'Etat, recouvrant les choses susceptibles de faire l'objet de commerce et d'appropriation. On peut reconnaître, sans l'affirmer, l'actuelle distinction entre le domaine public et privé.

Si la notion d'affectation n'est pas au cœur de la démonstration de V. Proudhon, on comprend néanmoins que le domaine public comprend des biens particuliers, tourné vers la satisfaction du besoin de tous.

Il faut attendre les thèses de G. Jèze¹⁸⁷ ou de M. Waline¹⁸⁸ et celle de M. Hauriou¹⁸⁹ qui introduisent le concept d'affectation du bien à une utilité publique pour voir affirmer l'existence d'un domaine public. Ce n'est qu'à cette période que l'affectation du bien prend toute son ampleur. Cette lente progression est retracée par Y. Gaudemet qui explique l'apparition du domaine public.¹⁹⁰ L'apparition du critère de l'affectation n'est certes pas instantanée mais comme l'explique Y. Gaudemet, la différence entre le domaine public et celui de la Couronne vient de ce que le premier est caractérisé par son affectation à l'utilité publique. Par conséquent, ce critère est aujourd'hui un élément incontournable de la définition du domaine public.

Une approche historique des critères d'identification du domaine public est également retracée par J.M. Auby, P. Bon et J.B. Auby.¹⁹¹ Ces auteurs retracent l'apparition de l'affectation, dans la définition du domaine public, située aux 19^{ème} et début du 20^{ème} siècles. H. Berthélémy¹⁹² pense que le critère du domaine est à rechercher dans la destination des biens à l'usage de tous. A la même époque, on défend l'idée que le critère du domaine réside dans l'affectation à l'usage du public ou au service public. Pour eux, « les biens domaniaux ne sont pas insusceptibles de propriété privée (...). La qualité domaniale leur paraît donc être une conséquence non de la nature, mais de la volonté de la puissance publique ». Pour eux, cette destination volontaire, l'affectation, doit constituer le critère du domaine public. Pour

¹⁸⁷ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif, La notion de service public* (vol. 2), réédition Dalloz 2004.

¹⁸⁸ M. Waline, *Les mutations domaniales. Etude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, thèse, Paris, Jouve, 1925.

¹⁸⁹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} édition, Dalloz, 2002, p. 789.

¹⁹⁰ Y. Gaudemet, « Du domaine de la Couronne au domaine public ; étude d'histoire des doctrines », *Mélanges en l'honneur de J.F Lachaume, Le Droit administratif, permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 525 et s.

¹⁹¹ J.M. Auby, P. Bon, J.B. Auby, *Droit administratif des biens*, précis Dalloz, 6^{ème} édition, 2011, 752 p.

¹⁹² Cf. *supra* note n°185.

L. Duguit¹⁹³, le critère du domaine public est l'affectation des biens au service public. M. Hauriou¹⁹⁴ emploiera quant à lui la notion d'affectation à l'utilité publique.

Avant la révolution française et l'adoption du Code civil qui fait référence à ces deux types de domaines, il n'y avait pas de distinction entre le domaine public et le domaine privé. Cette distinction va ainsi être à l'origine de l'apparition du critère de l'affectation. La différence entre les deux domaines ne tenant pas à leur appropriation, la seule différence va se situer au niveau de l'affectation. C'est alors Joseph B. Proudhon qui s'illustre même si J-M Pardessus¹⁹⁵, un peu avant lui, avait décelé cette nuance. Le premier d'entre eux fait du critère d'affectation, le critère d'identification du domaine public. A la date où il écrit, il ne perçoit que la seule affectation à l'usage direct du public. Il s'inspire nettement de l'article 538 du Code civil¹⁹⁶. Le domaine public était alors fortement restreint. D'autres auteurs vont par la suite élargir la notion de domaine public.

L'appartenance au domaine public des biens affectés à l'usage du public fût ainsi constamment affirmée par la doctrine et la jurisprudence. Même si nous développerons les évolutions du critère de l'affectation au sein de la jurisprudence, on peut d'ores et déjà souligner que le Conseil d'Etat consacre ce critère dans le célèbre arrêt Marécar¹⁹⁷. Cette affectation suffit pour que les dépendances appartenant à des personnes publiques intègrent le domaine public. Cette affectation à l'usage direct du public, première à apparaître en doctrine et consacrée au début du vingtième siècle par la jurisprudence administrative, ne va pas être le seul critère. A la fin du 19^{ème} siècle, la doctrine adhère à l'idée que le domaine public ne peut se réduire à l'affectation des biens à l'usage direct du public. H. Barckhausen¹⁹⁸ et R. Saleilles¹⁹⁹ vont accepter le fait que le domaine public peut également intégrer des biens

¹⁹³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Tome 3, E. de Boccard, 1923.

¹⁹⁴ Cf. *supra* note n°189.

¹⁹⁵ J-M. Pardessus, *Traité des servitudes selon les principes du Code civil*, Paris, Rondenneau, 1806.

¹⁹⁶ L'article 538 du Code civil énonce : « Les chemins, les routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public. »

¹⁹⁷ CE, 18 juin 1935, Mougamadousadagnétoullah dit Marécar, Rec. Conseil d'Etat p. 734, D. 1936, 3, 20, concl. R. Latournerie, note M. Waline ; RDP 1935, p. 590, concl. R. Latournerie, note G. Jèze : on peut lire que le cimetière « est affecté à l'usage du public, et qu'il doit être, dès lors, compris parmi les dépendances du domaine public de la commune. »

¹⁹⁸ H. Barckhausen, « Remarques sur la théorie des domaines », *Rev. crit. législ et jurispr.* 1884, p. 30.

¹⁹⁹ R. Saleilles, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris, éd. Larose et Forcel, 1889.

qui ont été, par décision administrative, affectés à un service public. Cette notion sera reprise par la jurisprudence administrative en 1956²⁰⁰.

La doctrine va conceptualiser cette affectation sous la forme plus générale d'affectation à l'utilité publique. M. Hauriou²⁰¹ et H. Berthélémy²⁰² ont opéré cette généralisation de la notion d'affectation aujourd'hui reprise par la jurisprudence et par le législateur dans le CGPPP. L'affectation est double, soit elle correspond à l'usage direct du public, soit à l'exécution d'un service public. En outre, il ne faut pas oublier que l'affectation peut être décidée par le législateur, qui n'est pas lié par les critères jurisprudentiels.

Il existe une troisième conception également fondée sur l'affectation. G. Jèze²⁰³ soutient l'idée de faire de l'affectation un critère à part. Mais il propose de le réduire et de n'intégrer au domaine public que les seuls biens affectés à un service public. Ces biens doivent jouer dans le service un rôle principal. Pour M. Latournerie, dans ses conclusions sur l'arrêt Marécar²⁰⁴, le domaine public ne comprend que des biens qui sont l'objet même du service public. On peut également faire remarquer également qu'à propos de l'arrêt Marécar, M. Waline²⁰⁵ considère que l'arrêt pose la question du critère d'identification du domaine public. Pour lui, il faut nuancer l'apport de cet arrêt dont beaucoup disent que l'affectation à l'usage direct du public et la propriété publique sous entendue suffisent à faire entrer un bien dans le domaine public. Ce n'est pourtant pas l'unique critère de la domanialité publique contrairement à ce que prétend une partie de la doctrine²⁰⁶. Pour M. Waline, cette affectation à l'usage du public n'est pas une condition suffisante. Il semble, sur ce point, en phase avec le commissaire du gouvernement R. Latournerie qui « rejette deux opinions extrêmes : celle qui limite le domaine public aux seuls biens affectés à l'usage du public, celle qui l'étend à tous les biens domaniaux affectés à un service public. »²⁰⁷

²⁰⁰ CE, 19 octobre 1956, Société le Béton, Rec. Conseil d'Etat, p. 375, *AJDA* 1957, II, p. 472, concl. M. Long, chron. Fournier et Braibant, p. 488. Cette jurisprudence est détaillée dans les développements qui suivent.

²⁰¹ Cf. *supra* note n°189.

²⁰² Cf. *supra* note n°185.

²⁰³ Cf. *supra* note n°187.

²⁰⁴ R. Latournerie, conclusions sur CE, 28 juin 1935, M. Marécar, *RDP*, 1935, p. 590 ; voir le détail sur cet arrêt ultérieurement.

²⁰⁵ M. Waline, note sous CE, 28 juin 1935, Marécar, *D.* 1936, III, p. 20 et s.

²⁰⁶ R. Saleilles, note sous Cour d'appel de Lyon, 1^{ère} chambre, 10 juillet 1894, Ville de Mâcon contre ville de Lyon et Bonnin, *S.* 1895, II, p. 185. Voir en ce qui concerne les représentants de la doctrine partageant l'idée qu'à côté de la propriété publique, l'affectation seule suffit à faire entrer un bien dans le domaine public : V. Proudhon, Cf. *supra* note n°186.

²⁰⁷ cf. *supra* note n°204.

L'on peut observer que ce critère de l'affectation des biens à l'utilité publique est aujourd'hui le critère qui donne sa raison d'être au domaine public. Il donne un fondement au traitement particulier que l'on réserve aux biens publics. C'est la spécificité des biens publics qui explique que ces biens fassent l'objet d'un traitement particulier. Cet apport est aujourd'hui incontestable et bien ancré dans la doctrine et la jurisprudence. Ce n'est pas le fait qu'il appartienne ou non à une personne publique qui est capital, mais le fait qu'il soit affecté à une utilité publique. Le propriétaire du bien en question importe finalement peu.

Les théories évoquées sont révolues mais elles ont joué un rôle important et continueront sûrement à influencer le droit positif. Mais finalement, le pouvoir de définir les critères d'appartenance d'un bien au domaine public est revenu en grande partie à la jurisprudence. Celle-ci a eu énormément d'influence et continuera à en avoir même avec l'adoption d'un Code régissant la propriété des personnes publiques. La définition du domaine public a d'ailleurs été reprise par le législateur²⁰⁸, qui s'est étroitement inspiré des critères dégagés auparavant par le législateur.

Ce critère de l'affectation est fondamental pour la composition du domaine public mais surtout s'agissant des biens immeubles car ceux-ci, la question de leur affectation semble depuis l'adoption du CGPPP moins préoccupante qu'auparavant. On estimait, notamment dans la jurisprudence, que les biens meubles appartenaient au domaine public si leur exposition servait un service public ou si l'aspect précieux de l'objet était important. Avant l'adoption du code, il est apparu important de protéger certains biens meubles même si pour une partie de la doctrine, l'existence d'un domaine public mobilier n'était pas envisageable.²⁰⁹ Comme le souligne R. Chapus²¹⁰, le problème vient du fait qu'« on ne saurait simplement subordonner l'inclusion des biens mobiliers dans le domaine public à leur appartenance à une personne publique et à leur affectation à l'utilité publique. Il serait excessif que le plus banal matériel de bureau utilisé par les agents des services publics fasse partie du domaine public. » Ainsi, on comprend que le critère de l'affectation à l'utilité publique pour ce qui nous intéresse ne soit pas adapté à la question des biens meubles sinon, un trop grand nombre de biens seraient concernés par les règles contraignantes qu'engendrent l'inclusion d'un bien

²⁰⁸ L'article L. 2111-1 du CGPPP énonce : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

²⁰⁹ F. Reymond, « Le domaine public mobilier », *RDP*, 1960, p. 49.

²¹⁰ R. Chapus, *Droit administratif Général*, T1 et 2, 15^{ème} édition, 2001, p. 393 et s.

dans le domaine public. Un choix a été fait, notamment par la jurisprudence. Ainsi, n'appartiennent au domaine public mobilier, que les biens qui soit par leur aménagement spécial tel un engin de travaux publics, soit par leur caractère irremplaçable comme par exemple les collections de musées, ou des archives publiques, soit parce que des biens meubles sont la raison d'être du service public tel un musée. En effet, s'agissant de ces biens meubles, l'important surtout est de les sauvegarder, de ne pas les vendre aux particuliers et également les protéger voire de les entretenir. S'agissant donc des biens mobiliers, la notion d'affectation est absente même si l'on peut voir qu'à chaque fois, l'utilité publique du bien en question est prise en compte. Elle l'est davantage que pour les biens immobiliers, mais on retrouve toujours cette destination de l'intérêt général.

On peut également ajouter qu'aujourd'hui la notion d'affectation ne figure plus dans la définition actuelle du domaine public mobilier donnée par le CGPPP²¹¹. Mais cette liste non exhaustive concerne essentiellement des biens culturels. La référence au critère de l'affectation est absente même si on peut finalement penser que les biens mobiliers comportent, en eux-mêmes, une certaine affectation puisqu'ils sont affectés à l'intérêt général.

On se focalisera, ici, sur les biens immobiliers et sur la prédominance du critère de l'affectation qui les concerne.

Il faut bien comprendre que le critère de l'affectation sert à définir le domaine public et à déterminer sa consistance. Cette notion est un critère fondamental. Une fois découvert, il n'a cessé d'être développé par la doctrine et enrichi par la jurisprudence. C'est pourquoi, au sein du CGPPP, ce critère est mis avant même si le critère de la propriété publique reste la condition première d'appartenance d'un bien au domaine public. L'affectation est davantage reconnue et mise en avant par le législateur qui semble l'apprécier à sa juste valeur. Il faut comprendre par là que la notion d'affectation sert de fondement à l'existence d'un domaine public, elle sert à justifier la raison pour laquelle les personnes publiques sont susceptibles de détenir un domaine public. Si l'on a une large conception de la notion d'utilité publique, le domaine public sert avant tout l'intérêt général. Le domaine public reste avant tout un domaine composé de biens qui vont permettre aux personnes publiques d'accomplir leur

²¹¹ L'article L. 2112-1 du CGPPP énonce : « Sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, notamment ». A la suite de cette disposition est énoncée une liste de biens meubles qui font partie du domaine public mobilier. Illustrant l'idée que la liste législative des biens meubles n'est pas exhaustive et laisse la voie à une définition jurisprudentielle : TA Paris, 21 octobre 2011, Société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Société Eiffarie, *AJDA* 2012, p. 208, note P-A. Rohan et R. Leonetti.

mission de service public, de remplir leurs obligations vis-à-vis de la population. Les biens des personnes publiques ne servent pas uniquement à les enrichir mais à servir avant tout le bien commun, les libertés publiques comme celles d'aller et venir matérialisée par les routes.

Le critère de l'affectation donne une cohérence à l'ensemble du domaine public.

Cette notion d'affectation a un champ d'application plus large que celui du droit des biens publics et plus précisément de la définition même du domaine public.

B-Le critère de l'affectation : un critère commun et omniprésent en droit administratif des biens.

Un point important est à souligner pour montrer l'omniprésence du critère de l'affectation. En effet, cette notion est non seulement essentielle à la définition du domaine public mais elle est présente, en droit administratif des biens, au-delà de celui-ci.

Cette notion d'affectation transcende le simple domaine public et se retrouve dans l'ensemble du droit administratif des biens. Ces domaines autres que le domaine public sont tout de même en étroite relation avec la question de la définition du domaine public. Elle contribue à préciser ce que recouvre la notion d'affectation des biens.

Cette affectation à l'utilité publique est, en effet, capitale pour la qualification d'ouvrages publics. L'ouvrage public eut se définir ainsi : « un bien public immobilier affecté par une personne publique, ou par une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique, à une fonction d'intérêt général et soumis en raison de son affectation à un régime de droit public, quel qu'en soit le propriétaire ». ²¹² A l'heure actuelle, un ouvrage peut donc être qualifié de « public » à partir du moment où c'est un travail, de l'homme, immobilier et

²¹² M. de Villiers, *Droit public général*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, p. 1056 et s.

affecté à un intérêt général, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une affectation à l'usage direct du public ou aux besoins d'un service public.²¹³

Le critère de l'affectation suffit souvent à emporter la qualification d'ouvrage public indépendamment de la question de la propriété. Un ouvrage public, tels qu'une autoroute ou un tunnel, peuvent appartenir ou être géré par des personnes privées sans pour autant que leur intérêt principal, à savoir leur affectation à un service public ou à l'usage de tous, ne soit défavorisé. Un ouvrage est dit public davantage au regard de son but, de son affectation que de sa propriété. L'exemple est notamment frappant en ce qui concerne les ouvrages publics appartenant à des sociétés concessionnaires ou encore en matière de « branchements particuliers » de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité.²¹⁴

La particularité des ouvrages publics est leur protection résumée par le célèbre adage : « ouvrage public mal planté ne se détruit pas ». Cet adage traduit le régime de la protection accordée à l'ouvrage à savoir le principe d'intangibilité de l'ouvrage public. Or, si cet ouvrage est intangible, indestructible, c'est avant tout parce qu'il est affecté à un intérêt général²¹⁵. Cette jurisprudence très sévère est toujours d'actualité même s'il faut lui apporter aujourd'hui de sérieuses nuances. En effet, les jurisprudences administrative et judiciaire tolèrent aujourd'hui la démolition de l'ouvrage sous plusieurs conditions. Désormais, la démolition de l'ouvrage public sera ordonnée si d'une part, la condition de la régularisation du titre de propriété n'est pas possible²¹⁶ et si d'autre part, le bilan coûts-avantages de la démolition n'est pas trop négatif eu égard à l'intérêt de l'ouvrage public en question. Ainsi, si on laisse de côté la première condition exigée pour tolérer la démolition de l'ouvrage public, on peut remarquer que le juge applique tout simplement la théorie du bilan coûts-avantages pour savoir s'il est plus avantageux de procéder à la démolition de l'ouvrage ou de le laisser en place. En effet, il sert l'intérêt général qui recouvre l'aspect économique, social, environnemental et même financier²¹⁷.

L'affectation du bien est donc au centre des préoccupations jurisprudentielles et même de l'intérêt général. Un auteur va même plus loin sur l'intérêt que présente l'ouvrage public qui

²¹³ C. Rossillion, note sous CE, 30 septembre 1955, Caisse régionale de sécurité sociale de Nantes, *AJDA*, 1955, 2, p. 456.

²¹⁴ C. Blaevœt, note sous CE, 22 janvier 1960, Gladieu, *JCP G*, 1962, n°12443.

²¹⁵ TC, 6 février 1956, Consorts Sauvy, Rec. Conseil d'Etat p. 586.

²¹⁶ Autrement dit si une expropriation régulière n'est pas possible.

²¹⁷ Voir en ce sens les jurisprudences suivantes : P. Sabliere, note sous CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, *AJDA*, 2003, p. 477, conclusion Maugué ; CE, 9 juin 2004, Commune de Peille, *RFDA*, 2004, p. 856.

le détache ainsi de toute question de propriété ou d'appartenance. Pour P. Sablière²¹⁸, il est évident que l'ouvrage public ne doit sa qualification qu'à la présence d'une affectation à un service public. Il n'y a pas besoin que l'ouvrage soit soumis à la domanialité publique ou qu'il fasse l'objet d'une propriété publique pour que l'on reconnaisse qu'il est un ouvrage public. Par conséquent, on peut en déduire que la présence de l'affectation suffit à qualifier un ouvrage, d'ouvrage public. Ce raisonnement peut être transposé à la question de l'appartenance d'un bien au domaine public²¹⁹. L'auteur s'interroge d'ailleurs sur la nécessité de maintenir la notion d'ouvrage public y compris lorsqu'il est affecté à un service public. D'après lui, il vaudrait mieux parler d'ouvrages affectés au service public et détacher cette notion de tout lien tant avec la domanialité publique qu'avec l'appartenance à une personne publique.

Pourtant, il faut faire mention d'un avis rendu par le Conseil d'Etat, en date du 11 juillet 2001, Adèle²²⁰. En effet, jusqu'à cet avis, dominait en doctrine et en jurisprudence, l'idée que l'ouvrage public était reconnu à partir du moment où il était affecté à une utilité publique. Mais cet avis de 2001 admet que les ouvrages immobiliers de France Télécom n'ont plus la qualité d'ouvrage public. Or, faire ici le lien entre propriété et ouvrage public semble erroné. Le Conseil d'Etat semble privilégier une approche plus organique et donc moins fonctionnelle que certains comparent avec le domaine public.²²¹ C. Laviolle essaie de donner une explication à ce changement de direction. Pour lui, le Conseil d'Etat raisonne comme il l'a fait pour les SPIC²²² dans l'arrêt Société commerciale de l'Ouest Africain²²³. Ainsi, dès lors que France Télécom est devenue une société anonyme, la modification de son statut a entraîné des conséquences sur la qualification des ouvrages publics. Pour ces entreprises, la perte de son statut met fin au régime juridique associé à cette qualification juridique. La notion d'ouvrage public et surtout sa qualification se rapproche du domaine public. Elle a tendance à suivre la même voie c'est-à-dire le critère organique, la personne publique, et le critère matériel, l'affectation. Or, cela est assez regrettable car jusqu'à maintenant, en ce qui concerne les ouvrages publics, l'autonomie relative entre la question du propriétaire du bien en question et sa destination, son but c'est-à-dire l'affectation, ne posait pas de problème. La protection des

²¹⁸ P. Sablière, « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-ils qu'ils le soient ? », *AJDA*, 12 décembre 2005, p. 2324.

²¹⁹ Nous nous attacherons à analyser cet argument dans la Partie II.

²²⁰ CE, avis, 11 juillet 2001, Adèle, *DA*, février 2002, n°6, p. 28, note de C. Laviolle.

²²¹ Cf. *supra* note n°220.

²²² Le sigle SPIC signifie : Service public industriel et commercial.

²²³ TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'ouest africain, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 91, *D.* 1921. III. p. 1, conclusions Matter.

ouvrages publics est très efficace voire trop contraignante. Le principe d'intangibilité a longtemps été critiqué comme étant trop rigide et parfois injuste notamment pour les propriétaires privés.

Ainsi, cette jurisprudence laisserait penser à un rapprochement entre la propriété de l'ouvrage de sa destination ce qui ne va pas dans le sens de ce que nous défendons²²⁴.

Pour compléter la question de l'omniprésence de l'affectation à l'intérêt général ou à un service public en droit des biens, il faut aussi parler d'autres domaines que ceux des ouvrages publics. Les travaux publics sont également concernés par cette définition double qui regroupe à la fois un critère organique et un critère matériel. Or, si l'on se réfère à la définition traditionnelle des travaux publics donnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, le 10 juin 1921, Commune de Montségur²²⁵ peuvent être qualifiés de travaux publics, ceux qui sont faits par des personnes publiques ou pour leur compte dans un but d'intérêt général. On cumule à la fois le critère de la présence d'une personne publique et celui d'une affectation à un intérêt général.

Par contre, il existe une deuxième définition également ajoutée par la jurisprudence qui dissocie la présence de la personne publique de son affectation. En effet, d'après la jurisprudence du Tribunal des Conflits du 28 mars 1955, Effimieff²²⁶, les travaux peuvent également être qualifiés de publics lorsqu'ils sont exécutés pour le compte des personnes privées mais dans le but de remplir une mission de service public. La dissociation des critères organique et matériel semble alors possible en matière de travaux publics. Cette définition des travaux publics est toujours valable et réaffirmée en jurisprudence ce qui n'empêche pas d'avoir des travaux publics réalisés pour satisfaire l'intérêt général.

L'affectation semble primer sur le critère organique à savoir celui de la propriété publique. On se préoccupe davantage du but recherché dans les procédures ou les opérations en droit administratif des biens que de la personne qui les effectue. Les bénéficiaires importent visiblement davantage que les personnes titulaires à savoir les propriétaires.

²²⁴ Une décision récente du Tribunal des conflits de 2010 et un avis contentieux du Conseil d'Etat de 2010 tendent à séparer la qualité du propriétaire de l'ouvrage de son critère matériel. Ces jurisprudences seront analysées en seconde partie.

²²⁵ G. Jèze, note sous CE, 10 juin 1921, Commune de Montségur, *RDP*, 1921, p. 361.

²²⁶ C. Blaevoët, note sous TC, 28 mars 1955, Effimieff, *JCP G*, 1955, n°8786.

Ainsi, l'historique des critères d'identification des biens appartenant au domaine public et plus généralement, la recherche du critère d'appartenance au domaine public est non seulement une question théorique fondamentale mais elle a également des répercussions directes en droit positif. L'affectation des biens à l'utilité publique est une notion centrale depuis un certain nombre d'années déjà et cela est encore le cas aujourd'hui depuis l'adoption d'un Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, dont l'intitulé peut faire penser à tort, que la question du droit de propriété est prioritaire par rapport à celle de l'affectation, ce que nous avons vu, ne correspond pas à la réalité.

En effet, il semble que nous pouvons constater un regain d'intérêt en ce qui concerne cette affectation, notion au centre de la jurisprudence administrative.

§2-Un critère au centre des préoccupations jurisprudentielles

La jurisprudence a grandement contribué à asseoir les grandes notions du droit administratif. En matière de définition du domaine public, elle a eu et a toujours une grande importance. Il est donc nécessaire d'analyser l'apport de la jurisprudence du Conseil d'Etat en ce qui concerne le domaine public.

Deux siècles de jurisprudence permettent de mieux saisir le critère de l'affectation. Il ne s'agira pas ici de revenir sur la définition même de cette notion²²⁷. Il ne sera pas question non plus de comparer la place du critère de l'affectation des biens à l'utilité publique dans la jurisprudence du juge administratif par rapport à celui de la propriété publique.

Il s'agira plutôt d'étudier l'appréciation que porte la jurisprudence administrative sur ce critère d'affectation, qu'elle considère comme un élément nécessaire à la consistance du domaine public. Comment le juge administratif perçoit-il ce critère d'affectation dans sa jurisprudence ? Lui accorde-t-il une place capitale, incontournable ou au contraire, est-il indifférent à cette notion lorsqu'il est face à un problème d'appartenance d'un bien au

²²⁷ Sur la notion d'affectation, voir les développements du chapitre précédent.

domaine public ? Peut-on dégager des périodes dans la jurisprudence administrative permettant de mieux comprendre comment le juge administratif se sert du critère de l'affectation. (A)

C'est à toutes ces interrogations qu'il faudra répondre afin de mettre en évidence la place prépondérante qui joue le critère de l'affectation des biens à l'utilité publique dans la définition du domaine public. Nous le constaterons, ce critère, sublimé auparavant, tente de reprendre sa place. Ces développements permettront de démontrer que ce critère peut exister, indépendamment du critère de la propriété publique. (B)

A-L'analyse du critère de l'affectation par la jurisprudence administrative.

Le critère de l'affectation du bien à utilité publique est déterminant pour la composition du domaine public et tend à prendre de plus en plus de place. Cependant, la jurisprudence, même la plus récente, ne renie pas le premier critère qui doit toujours être satisfait, à savoir l'appartenance du bien à une personne publique. Il y a une confirmation jurisprudentielle récente de cet état du droit positif.²²⁸ En l'espèce, il s'agissait d'un organisme de droit privé *sui generis* qui ne pouvait revendiquer la propriété d'un domaine public. Il n'est pas question de s'attarder sur cet état de fait qui fera l'objet d'une analyse plus approfondie ultérieurement. Il s'agira de voir en quoi le critère de la propriété publique semble, aujourd'hui, susceptible d'être évincé ou à tout le moins de n'être plus systématiquement exigé pour définir le domaine public.

²²⁸ CE, avis, 10 juin 2004, Agence-France-Presse, n°370.252, Conseil d'Etat, Rapport public 2005, jurisprudence et avis, 2004, *études et documents* n°56, Responsabilité et socialisation du risque, *la Documentation Française*, 2005, p. 184.

En revanche, depuis longtemps, la jurisprudence exige que le bien en question soit affecté, peu importe que cela soit à l'usage direct du public ou à un service public.²²⁹ La mise en avant du critère de l'affectation en jurisprudence est ancienne. L'émergence de ce critère en jurisprudence est en partie due à la doctrine de l'époque. Ce critère commence à apparaître autour de 1830. Il s'agit davantage d'opérer une différenciation entre le domaine public et le domaine privé de l'Etat, car la référence au critère de l'affectation n'est pas encore très nette. Il est encore question de savoir si le bien est ou non susceptible d'appropriation privative. Un exemple jurisprudentiel illustre cela : l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 mai 1864, Commune d'Hautemonte²³⁰, qui montre que le juge recherche si le bien est susceptible d'une appropriation privative.²³¹ Il faut attendre le dernier tiers du 19^{ème} siècle pour voir le critère d'affectation considéré comme critère nécessaire à l'incorporation du bien dans le domaine public par le juge administratif. Ce dernier y fait constamment référence. Les exemples sont multiples, comme dans l'arrêt du 12 juillet 1878 rendu par le Conseil d'Etat, Bruel²³² où nous pouvons lire que « *la destination de l'immeuble était l'affectation à un service départemental.* » Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat en déduit que si ces immeubles sont biens affectés à un service départemental, la notion de service public actuelle n'est cependant pas employée. Dans cette affaire, les immeubles en question sont d'ailleurs affectés à des services locaux alors que c'est l'Etat qui, finalement, va intégrer le domaine de l'Etat. En effet, ce dernier les avait acquis bien avant qu'ils ne soient affectés à des services départementaux, en l'espèce, le département de l'Allier.

L'arrêt du 22 décembre 1880, De Dreux Brézé²³³ concerne l'affectation à une école secondaire ecclésiastique. Celui du 27 avril 1888, Evêque d'Autun²³⁴ également rendu par le Conseil d'Etat. Enfin celui du 12 avril 1889, Evêque de Marseille²³⁵ traite de la question de la désaffectation d'une église.

Outre la propriété publique, le critère de l'affectation est devenu l'autre critère de référence permettant de déterminer si un bien peut ou non être incorporé au domaine public. La décision

²²⁹ Sur la question de l'apparition en doctrine et en jurisprudence du critère de l'affectation : voir le paragraphe précédent.

²³⁰ CE, 5 mai 1864, Commune d'Hautemonte, Rec. Conseil d'Etat, 1864, p. 430.

²³¹ Le juge administratif traduit notamment les thèses de J-B Proudhon et H. Berthélémy, dans sa jurisprudence relative à la possibilité d'une appropriation privative. Voir les développements sur ce sujet dans le paragraphe 1, A de ce chapitre.

²³² CE, 12 juillet 1878, Bruel, Rec. Conseil d'Etat, 1878, p. 679.

²³³ CE, 22 décembre 1880, De Dreux Brézé Rec. Conseil d'Etat, 1880, p. 1053.

²³⁴ CE, 27 avril 1888, Evêque d'Autun, Rec. Conseil d'Etat, 1888, p. 381.

²³⁵ CE, 12 avril 1889, Evêque de Marseille, Rec. Conseil d'Etat, 1889, p. 495.

d'affecter un bien à une destination semble être un pouvoir capital et qui dépend en principe du propriétaire du bien²³⁶.

Les jurisprudences précédemment citées ainsi que d'autres comme par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 novembre 1888, Commune d'Argy²³⁷, montrent également qu'il n'existe pas d'affectation perpétuelle d'un bien à une destination. L'affectation est bien, par conséquent, révélatrice d'une situation. Elle évolue au fil du temps. C'est un critère qui constate une situation donnée à un moment précis.

Il n'y a donc pas de domanialité publique par nature car l'affectation constitue une condition indispensable à l'application du régime protecteur de la domanialité publique. C'est l'acte d'affectation qui va matérialiser l'affectation de la dépendance publique. Dès lors que cette affectation, dans les faits, n'existe plus et qu'un acte juridique le constate, il n'y plus aucune raison pour que le bien reste dans le domaine public. Le fondement même de l'inaliénabilité se trouve en jeu. La protection accordée au domaine public passant par l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité²³⁸ du domaine public ne trouve sa justification uniquement parce que l'affectation est réelle. La protection n'est due qu'en raison de l'affectation de la dépendance à l'utilité publique, et non pas en raison de son appartenance à une personne publique. Il faut une affectation effective. Une affectation formelle non suivie par une mise à disposition réelle du bien affecté ne serait pas légale²³⁹. Il faut ajouter qu'aujourd'hui, avec l'introduction du critère de l'aménagement indispensable du bien, l'aménagement du bien affecté devra être effectif si l'on veut intégrer un bien au sein du domaine public²⁴⁰.

Il faudra d'ailleurs revoir plus tard, au cours de la démonstration, comment s'exerce ce pouvoir d'affectation.

Il est important de souligner à ce stade avant de poursuivre l'étude de l'évolution du critère de l'affectation dans la jurisprudence administrative, que celle-ci ne traitera que des biens immeubles. La plupart des arrêts que nous allons étudier portent sur des biens immobiliers. Si notre étude se concentre sur les biens immobiliers c'est notamment parce que les biens meubles, dont les litiges sont souvent portés devant le juge judiciaire, ne répondent plus

²³⁶ En dehors de l'hypothèse des mutations domaniales que nous étudierons dans le Titre II de la Partie I.

²³⁷ CE, 23 novembre 1888, Commune d'Argy, Rec. Conseil d'Etat, p. 859.

²³⁸ Le régime juridique du domaine public, à savoir la domanialité publique, fera l'objet de développement dans le premier chapitre de la Partie I.

²³⁹ Voir en ce sens, CE, 21 décembre 1956, Giraud, *AJDA*, 1957, II, p. 55, concl. Heumann.

²⁴⁰ Cf. *supra* note n°208.

aujourd'hui à ce critère d'affectation. Avec l'adoption du CGPPP en 2006²⁴¹, la référence au critère de l'affectation pour l'appartenance d'un bien meuble au domaine public a disparu. Par conséquent, nous ne retrouverons plus ce critère au sein de la jurisprudence. Auparavant, celle-ci considérait que l'appartenance des biens culturels ou cultuels était en lien avec l'affectation à l'usage du public, ou à un service public ou encore l'affectation à un immeuble. Désormais, c'est l'intérêt public du bien en question du point de vue de l'art, de l'histoire ou encore de la science qui importe. Ces propos sont notamment démontrés dans le récent article du professeur S. Duroy.²⁴² C'est aussi ce que démontre le Professeur P. Yolka quand il explique que la protection des meubles fait l'objet d'une domanialité spécifique « *déconnectée de la notion d'affectation* ». Le domaine public mobilier a « *une vocation patrimoniale qui consiste à protéger les biens à raison de leur rareté (voire de leur caractère irremplaçable) plutôt que d'une destination à l'usage public.* »²⁴³

Il n'est pas essentiel, ici, d'étudier cette jurisprudence concernant les biens meubles, le critère de l'affectation étant absent.

Passées ces premières constatations, il convient de revenir sur l'émergence du critère de l'affectation du bien à l'utilité publique dans la jurisprudence administrative. Son apparition se situe dans le dernier tiers du dix-neuvième siècle et celle-ci devient importante au début du vingtième siècle. De nombreux arrêts en témoignent. Le juge administratif va accorder de moins en moins d'importance à l'aspect formel de l'affectation. Autrement dit, il ne va pas exiger que le bien immeuble en question ait fait l'objet d'un acte administratif de classement. En l'absence de cet acte, le juge administratif va tout de même reconnaître l'incorporation du bien dans le domaine si les critères requis, à savoir la propriété publique et l'affectation du bien à l'utilité publique, sont présents. A partir du moment où l'affectation sera constatée par le juge, celui-ci n'exigera pas que le bien en question fasse l'objet d'un classement. L'arrêt du Conseil d'Etat du 14 décembre 1910, Commune de la Brosse Montceaux²⁴⁴, illustre ce propos, la place dont il est question dans l'arrêt avait de par sa destination, le caractère d'une voie publique malgré l'absence de classement effectif. Les propos sont très clairs : « *que si aucun acte n'en a prononcé le classement et si elle est restée*

²⁴¹Y. Gaudemet, « La réforme du droit des propriétés publiques : une contribution », *CJEG*, n°608, avril 2004, p. 163 et du même auteur, « Le nouveau code général de la propriété des personnes publiques, une mise en perspective », *RJEP*, n°636, novembre 2006, p. 403.

²⁴²S. Duroy, « Biens meubles culturels et cultuels, considération sur une appartenance exclusive au domaine public mobilier », *RFDA*, 2007, p. 1155.

²⁴³P. Yolka, « Les meubles de l'Administration », *AJDA*, 14 mai 2007, p. 964.

²⁴⁴CE, 14 décembre 1910, Commune de la Brosse Montceaux, Rec. Conseil d'Etat, 1910, p. 945.

plantée d'arbres, le sol de ladite place a toujours été affecté, dans toute son étendue, à l'usage de la circulation du public depuis l'année 1849 jusqu'en 1905».

Comme le souligne M. Gros²⁴⁵, nous assistons à un élargissement de la notion d'affectation et surtout au passage du seul classement formel exigé pour que le bien puisse incorporer le domaine public à un acte de simple volonté de la part de l'administration, susceptible d'être simplement constaté par le juge administratif²⁴⁶. Il résulte de ce constat que le juge administratif semble s'attacher davantage à l'aspect matériel du critère de l'affectation des biens. A la fin du dix-neuvième et au début du vingtième siècle, la jurisprudence administrative paraît mettre davantage en avant ce critère et si elle constate, outre la question de la propriété publique, que le bien en question a reçu une affectation à un usage public, l'incorporation sera évidente. Le critère de l'affectation a régné en maître pour déterminer l'appartenance d'un bien au domaine public. Ce critère fut en quelque sorte détrôné avec l'émergence en jurisprudence du critère de l'aménagement spécial. Exception faite de l'incertitude qui pèse sur la question de la propriété publique, aucun autre critère que l'utilité publique n'est exigé en jurisprudence. De nombreux exemples jurisprudentiels corroborent ces propos comme par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat, 8 juillet 1889, Albouy²⁴⁷ et celui du 15 juin 1932, Dame Veuve Lafitte et sieur Vignes²⁴⁸. A l'époque de ce litige, l'affectation n'était pas effective et par conséquent le bien en question ne pouvait pas être incorporé au sein du domaine public. L'arrêt prononce les mots suivants « *que si la parcelle dont il s'agit (...) avait été acquise par la commune pour être ultérieurement affectée à la circulation, elle n'avait pas reçu cette affectation à la date dudit procès-verbal et n'avait pas, par suite, été incorporée au domaine public.* »

D'autres exemples illustrent ces propos. Dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 janvier 1934, Sieur Roger²⁴⁹, la parcelle en question était affectée aux piétons et par conséquent elle fut incorporée au domaine public.

Jusqu'à l'apparition en jurisprudence du critère de l'aménagement spécial, pour les biens affectés à un service public avec l'arrêt du Conseil d'Etat, Société Le Béton du 19 octobre 1956²⁵⁰, la jurisprudence a analysé les situations comme décrites précédemment. Même dans les années précédentes, le juge administratif opérait toujours le même raisonnement.

²⁴⁵ M. Gros, « Affectation et domanialité publique », *RDP*, 1992, p. 749.

²⁴⁶ Voir sur ce sujet les développements du chapitre précédent.

²⁴⁷ CE, 8 juillet 1889, Albouy, Rec. Conseil d'Etat, 1889, p. 961.

²⁴⁸ CE, 15 juin 1932, Dame Veuve Lafitte et sieur Vignes, Rec. Conseil d'Etat, 1932, p. 586.

²⁴⁹ CE, 11 janvier 1934, Sieur Roger, Rec. Conseil d'Etat, 1934, p. 53.

²⁵⁰ CE, 19 octobre 1956, Société le Béton, Rec. Conseil d'Etat p. 375 ; concl. M. Long, *RDP*, 1957, p. 310.

Il regardait certes si le critère de la propriété était rempli, mais surtout si le bien en question avait pour objet de satisfaire une utilité publique et s'il était affecté à cette utilité. Nous pouvons citer un arrêt du Conseil d'Etat du 30 mai 1951, Sieur Sempé²⁵¹ dans lequel des terrains acquis par expropriation n'ont jamais reçu l'affectation escomptée. Les dépendances en question étaient toujours considérées comme appartenant au domaine privé de la personne publique en question puisque comme l'explique le Conseil d'Etat, les dépendances « *n'ont jamais reçu d'affectation publique et sont demeurées d'utilisation agricole* ». C'est uniquement en l'absence de cette affectation que les dépendances ne peuvent pas être incorporées au sein du domaine public. C'est la même référence à cette affectation à l'utilité publique qui est déterminante à cette époque pour le juge en ce qui concerne d'autres arrêts comme celui du 19 décembre 1952, Ville de Toulouse²⁵² ou encore le 13 février 1953, Sieur Susini²⁵³. Dans ce dernier arrêt, il est question des eaux d'un lavoir communal. Le Conseil d'Etat énonce que « *si pendant le temps où elle se trouve dans le lavoir pour y servir aux fins auxquelles correspond cet ouvrage, l'eau doit être regardée comme étant une dépendance du domaine public, il ne saurait en être de même une fois qu'elle a cessé d'être affectée à l'usage public en vue duquel a été créé ledit ouvrage* ».

La déduction semble aisée mais il est évident que le juge administratif s'intéresse davantage à ce critère qu'à un autre. Il paraît important pour lui de vérifier que cette affectation à une utilité publique soit bien réelle. Dès lors qu'elle est présente, ce qui est assez simple car de nombreux biens se trouvent affectés à un usage direct du public ou participent à l'exécution d'une mission de service public.²⁵⁴

C'est pourquoi, au fil du temps et devant l'ampleur de la consistance du domaine public, la doctrine va réagir et militer pour la création d'un critère réducteur du domaine public qui sera le critère de l'aménagement spécial. Ce critère de l'aménagement spécial a notamment été proposé par M. Waline²⁵⁵ et sera repris par la doctrine postérieure. Nous pouvons d'ailleurs reprendre les explications de ce critère par F. Hervouët qui, « *réside dans l'adaptation du bien au but recherché grâce à un aménagement spécial* ». Mais l'auteur nous

²⁵¹ CE, 30 mai, 1951, Sieur Sempé, Rec. Conseil d'Etat, p. 297.

²⁵² CE, 19 décembre 1952, Ville de Toulouse, Rec. Conseil d'Etat, 1952, p. 590.

²⁵³ CE, 13 février 1953, Sieur Susini, Rec. Conseil d'Etat, p. 67.

²⁵⁴ Voir la distinction opérée dans le précédent chapitre lors de la définition de la notion d'affectation.

²⁵⁵ M. Waline, *Les mutations domaniales*, thèse Droit, Dalloz, 1925, p. 45.

explique que la jurisprudence va très vite préférer le terme d'aménagement du bien à celui de son adaptation.²⁵⁶

Cela va évidemment se traduire dans la jurisprudence administrative. L'arrêt de principe déjà cité en la matière est celui du Conseil d'Etat de 1956, Société le Béton²⁵⁷. Le juge administratif va non seulement exiger le critère de la propriété publique, mais il va aussi vérifier que le port industriel en question est bien affecté à l'objet d'utilité générale mais contrairement à ce qui a été expliqué auparavant, il ne s'arrête pas là. En effet, cela ne suffit plus à incorporer le bien dans le domaine public. Le juge va également vérifier que les terrains ont fait l'objet d'installations destinées à les rendre propres à cet usage. En l'espèce, c'était le cas et c'est seulement parce que cette condition est remplie que les terrains sont considérés comme appartenant au domaine public. Le juge administratif précise ainsi dans l'arrêt précité, après avoir démontré que le bien en question était bien affecté à une utilité publique qu' « *il résulte, d'autre part, de l'instruction que lesdits terrains ont fait l'objet d'installations destinées à les rendre propres à cet usage par leur raccordement aux voies fluviales ferrées ou routières dont l'aménagement et la liaison constituent le port.* »

Il semble qu'il y ait, à partir de cette date, en jurisprudence, une nette volonté de mettre la dépendance immobilière en question en relation avec sa destination. Au moment de l'émergence de ce nouveau critère destiné à définir le domaine public, le juge administratif s'est montré rigoureux dans l'appréciation de ce nouvel élément.

F. Hervouët dans l'article précité, nous démontre qu'en jurisprudence et notamment sous la présidence de M. Latournerie, l'aménagement sert davantage à montrer l'adaptation du bien au service public, plus que son caractère indispensable. Comme le dit l'auteur « *l'aménagement spécial ne devient pas le critère principal de la domanialité publique car d'une part, on ne le recherche qu'une fois la question de l'affectation réglée et d'autre part, il ne sert qu'à caractériser l'adaptation du bien au service public. Au fond le bien est intégré au domaine public parce qu'il est affecté, mais c'est l'aménagement spécial qui dénote l'intention de l'administration de l'adapter pour l'y incorporé.* »

Le juge ne se contente pas de dire que la dépendance a bien reçu des aménagements destinés à son affectation, il prend également le temps d'expliquer les aménagements en question.

²⁵⁶ F. Hervouët, « L'utilité de la notion d'aménagement spécial dans la théorie du domaine public », *RDP*, 1983, p. 135.

²⁵⁷ Cf. *supra* note n°250.

Dans l'arrêt de principe de 1956²⁵⁸, ce raisonnement est visible. Le Conseil d'Etat nous dit que lesdits terrains ont fait l'objet d'installations destinées à les rendre propres à cet usage. Il donne d'ailleurs quelques détails sur ces installations. Le raisonnement est encore plus flagrant dans une jurisprudence postérieure à l'arrêt de principe à savoir un arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} octobre 1958, *Sieur Hild*.²⁵⁹ L'arrêt retient l'attention car le terrain était une propriété publique, des travaux avaient été entrepris mais non achevés et le juge administratif considère qu'« *eu égard à leur importance, et à leur nature, ces travaux, qui avaient pour objet d'aménager les terrains en cause en vue de les adapter au service public* », ces terrains appartiennent au domaine public. Le raisonnement du juge administratif révèle que ce dernier souhaite des aménagements vraiment spéciaux et fortement adaptés au service public auquel ils sont destinés. La référence aux termes « *nature et importance* » montre que le juge administratif ne se satisfait pas de n'importe quel aménagement. Ceux-ci sont en fait au service de l'affectation, ils doivent révéler l'affectation. Il s'agit certes d'une condition supplémentaire exigée pour faire entrer un bien dans le domaine public, mais ce n'est pas à proprement parler un troisième critère qui déprécierait les deux autres. Il semble au contraire, que ce critère de l'aménagement spécial vienne corroborer l'affectation du bien à l'utilité publique et lui donner tout son sens.

La portée de l'arrêt *Société Le Béton* est conséquente. Celui-ci marque un tournant dans la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat. Le commissaire du gouvernement dans cette affaire, M. Long, rend les conclusions suivantes. Il explique que le cœur de l'arrêt amène à préciser la notion d'affectation « *autour de laquelle gravitent toutes les conceptions du domaine* ». Le commissaire du gouvernement rappelle que l'élément formel de l'affectation à savoir le classement n'a aucun effet s'il n'y a pas de réelle affectation derrière. La décision d'affectation peut ainsi être implicite. On peut d'ailleurs citer les propos du commissaire : « *Ainsi le classement et l'affectation ne sont-ils que les deux aspects d'une même réalité : par le premier l'Administration détermine le but assigné à un bien, et par la seconde elle poursuit la réalisation de ce but.* »²⁶⁰

Le cœur du problème dans cet arrêt est qu'une activité privée ait lieu. Or, le commissaire précise, et il faudra d'ailleurs revenir plus tard sur cette idée importante de valorisation du domaine public, que le domaine public n'abrite plus seulement des activités de nature de

²⁵⁸ Cf. *supra* note n°250.

²⁵⁹ CE, 1^{er} octobre 1958, *Sieur Hild*, Rec. Conseil d'Etat, p. 463.

²⁶⁰ M. Long, conclusions sur CE, 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, RDP, 1957, p. 310.

police administrative. L'idée de valorisation du domaine apparaît aussi à cette époque²⁶¹. La domanialité publique n'est pas incompatible avec l'exercice d'une industrie. En l'espèce, les terrains loués aux industriels sont affectés à la réalisation de l'objet du service public concédé en 1932 à l'office de la Navigation à savoir l'organisation d'un port industriel. Le commissaire du gouvernement énonce d'ailleurs que « cette notion de la réalisation de l'objet même du service public peut devenir le dénominateur commun des travaux publics, des contrats administratifs et du domaine public ».

Le Conseil d'Etat prend, ici, nettement position ce qu'il n'avait pas encore fait malgré les incitations du commissaire du gouvernement de l'époque, R. Latournerie, dans ses conclusions sur Méreacar²⁶². Le Conseil d'Etat, en 1956, suivit les conclusions de son commissaire du gouvernement et se rallia à la définition du domaine contenu dans le projet de réforme du Code Civil²⁶³. Deux éléments importants sont en fait à retenir. Le premier concerne le service public. La définition retenue est assez originale. La nature du service public est large. La domanialité publique n'est alors pas incompatible avec l'exercice d'une industrie. Cette jurisprudence du Conseil d'Etat a d'ailleurs suscité de nombreuses remarques à l'époque car on considérait qu'il avait retenu une vision trop large du service public. Pour beaucoup, la haute juridiction administrative admettait l'affectation virtuelle à l'usage public, ce qui a pour conséquence de restreindre le champ de la domanialité privée. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs confirmé cette position du critère tiré de l'affectation au service public et de l'aménagement spécial du bien²⁶⁴.

Le second élément essentiel de cet arrêt de 1956²⁶⁵ est son enseignement sur le critère de l'aménagement spécial. Ce critère, normalement exigé pour éviter que trop de biens intègrent le domaine public, peut être aussi bien naturel qu'artificiel. Dans la jurisprudence Société le Béton, c'est davantage la situation des terrains, leur proximité avec le port, qui les rend irremplaçables et permet d'affirmer leur appartenance au domaine public. Mais déjà dans cette jurisprudence, on observe un examen peu rigoureux de cet aménagement.

Par la suite, la jurisprudence administrative va faire une utilisation abusive du critère de l'aménagement spécial. Le juge administratif va se contenter d'aménagements légers qui ne

²⁶¹ Il faudra revenir sur cette idée importante, au cours de la Partie II.

²⁶² R. Latournerie, conclusions sur CE, 28 juin 1935, M. Marécar, *RDP*, p. 590 ; *S. III*, 1937, p. 43.

²⁶³ Travaux de la Commission de réforme du Code civil, Paris, Sirey, 1947-1957.

²⁶⁴ CE, Assemblée, 11 mai 1959, Dauphin, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 294, *AJ* 1959, I, p. 113, Conclusions M. Combarrous et J-M Galabert ; CE, 13 juillet 1961, Ville de Toulouse, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 513 ; CE, 25 novembre 1964, Société Vélo-drome du parc des Princes, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 768.

²⁶⁵ Cf. *supra* note n°260.

révèlent que très peu l'affectation du bien en question à l'utilité publique. Les exemples en jurisprudence en témoignent car dès l'arrêt Dauphin rendu le 11 mai 1959²⁶⁶ par l'assemblée plénière du Conseil d'Etat, la pose d'une chaîne et d'une grille à l'entrée de l'allée des Alyscamps à Arles pour assurer la protection d'un site classé, sont considérées comme suffisantes pour justifier l'incorporation dans le domaine public. Celles-ci étaient en outre la propriété de la ville d'Arles et elles étaient affectées à un service public culturel et touristique. Dans les années soixante, on a assisté à une dérive dans l'utilisation de ce critère par. Celle-ci s'est contentée d'un minimum d'aménagements pour les intégrer au domaine public. Les exemples sont multiples outre l'arrêt Dauphin, on peut citer l'arrêt du 30 mai 1975, Dame Gozzoli²⁶⁷. Cet arrêt dispose que : « *que la parcelle ne fait pas partie du domaine public maritime mais qu'il résulte de l'instruction que la partie de la plage où elle est située est affectée à l'usage du public et fait l'objet d'un entretien dans les conditions telles qu'elles doit être regardée comme bénéficiant d'un aménagement spécial à cet effet ; que dès lors, cette parcelle fait partie du domaine public communal.* »

Les aménagements retenus par la jurisprudence laissent souvent dubitatifs. Les juges semblent retenir des aménagements légers et ne se penchent plus sur la question de savoir si leur nature et leur importance révèlent au fond l'affectation à l'utilité publique qu'ils doivent servir. Dans ce sens, nous pouvons citer les arrêts suivants du Conseil d'Etat : celui du 13 juillet 1961, Ville de Toulouse contre « Toulouse Football-Club »²⁶⁸ dans lequel le juge énonce, sans plus de précisions, que des aménagements ont été réalisés par la ville. Le juge ne prend toutefois pas la peine d'expliquer quels sont ces aménagements qui doivent en l'espèce servir le service public du sport.

Le juge administratif va également étendre le critère de l'aménagement spécial aux cas d'affectation du bien à l'usage direct du public. Depuis l'arrêt de 1956, Société le Béton, le Conseil d'Etat n'exige cet aménagement que pour les biens affectés à un service public car la mise en place d'un service public nécessite des travaux, des aménagements spécifiques pour le bon fonctionnement du service public en question. Mais progressivement, et nous ne pouvons que constater l'influence de la doctrine de l'époque sur ce point, le juge administratif

²⁶⁶ Cf. *supra* note n° 264 pour l'arrêt Dauphin.

²⁶⁷ CE, 30 mai 1975, Gozzoli, Rec. Conseil d'Etat p. 325.

²⁶⁸ Cf. *supra* note n°264 pour l'arrêt Ville de Toulouse. Nous pouvons lire les propos suivants, concernant le silence du juge sur les détails de l'aménagement : « *considérant qu'il est constant que le stade dénommé « Stadium municipal du Parc des Sports » situé à Toulouse et appartenant à la Ville de Toulouse, a été édifié par cette dernière en vue de permettre le développement d'activités sportives et d'éducation physique présentant un caractère d'utilité générale ; que du fait de cette affectation à un service public et de l'aménagement dont il a été l'objet à cette occasion par les soins de la Ville, ledit stade s'est trouvé incorporé au domaine public communal.* »

va aussi exiger le critère de l'aménagement spécial pour l'incorporation d'un bien au domaine public affecté à l'usage public. L'arrêt de principe du Conseil d'Etat du 22 avril 1960, Sieur Berthier²⁶⁹ énonce cette nouvelle exigence. Cependant, dans cet arrêt, le niveau d'exigence de l'aménagement demandé par le juge est moindre. Il se contente de dire que la promenade est publique car elle est tout simplement affectée en ladite qualité à l'usage du public et aménagée à cette fin. Par conséquent, la promenade fait partie du domaine public.

Il en est de même dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 juillet 1961, Compagnie ferroviaire du casino municipal de Constantine contre Ville de Constantine²⁷⁰ où, sans plus de précision, une promenade est incorporée dans le domaine public car elle est tout simplement affectée à l'usage du public et aménagée à cette fin. Il en est de même en 1961 quand le Conseil d'Etat énonce à propos d'un parc, « que la ville de Toulouse [...] a décidé qu'un parc public serait créé au lieu-dit [...] ; qu'il est constant que le parc dit « toulousain » a été aménagé en exécution de cette décision. Considérant que le parc était [...] affecté à l'usage du public et aménagé à cette fin. » Le raisonnement semble toutefois inversé car le juge présume l'affectation, pour déduire ensuite de la constance des aménagements et arriver enfin à la conclusion que le bien est bien affecté.

Le juge dévoile un raisonnement juridique qui laisse perplexe lorsqu'il vérifie si des aménagements sont présents avant de s'assurer que l'affectation à l'utilité publique, soit l'usage direct du public, soit le service public, est bien réelle. C'est notamment ce que démontre M. Gros²⁷¹ où il précise, qu'après la création du critère de l'aménagement spécial par la jurisprudence, le juge administratif assimile systématiquement l'aménagement spécial à l'appartenance au domaine public, en ne s'intéressant que très peu au critère de l'affectation. L'auteur précise que cela ne veut pas pour autant dire que le critère de l'affectation ait disparu, mais plutôt qu'il est plus ou moins occulté par le juge. Très souvent, explique-t-il, il y aura une présomption d'affectation corroboré ou non par la présence d'aménagements spéciaux. Statistiquement, sur plus de cinquante années de jurisprudence, la quasi-totalité des décisions en matière domaniale ont toutes conclu à l'incorporation du bien au domaine public en se focalisant sur les aménagements spéciaux. Seules six des décisions en question vont décider de l'incorporation du bien au domaine public sans faire référence au critère de

²⁶⁹ CE, 22 avril 1960, Sieur Berthier, Rec. Conseil d'Etat, p. 264.

²⁷⁰ CE, 13 juillet 1961, Compagnie ferroviaire du casino municipal de Constantine contre Ville de Constantine, Rec. Conseil d'Etat, p. 487.

²⁷¹ M. Gros, « Affectation et domanialité publique », *RDP*, 1992, p. 752 et s.

l'aménagement spécial²⁷². Aussi, il semble que le critère de l'affectation soit relégué au second plan pour préférer celui de l'aménagement spécial. Il est plus facile, pour le juge administratif, de constater ces aménagements que de vérifier la réalité de l'affectation²⁷³.

Parfois, il arrive aussi au juge de présumer l'affectation à l'utilité notamment en ce qui concerne sur les chemins ruraux. Au lieu de constater que le chemin en question est de manière fréquente emprunté par le public, le juge préfère partir d'une présomption d'affectation à l'usage direct du public pour en déduire dans la plupart des cas que ces chemins ruraux appartiennent effectivement au domaine public. Des exemples jurisprudentiels plus récents le soulignent comme dans l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux du 27 juin 2002²⁷⁴ déclare présumer appartenir aux communes le chemin rural car l'affectation à l'usage du public est elle aussi présumée. Encore plus récemment, la Cour Administrative d'Appel de Marseille réitérait cette présomption dans un arrêt du 6 décembre 2004²⁷⁵, en se fondant sur le Code rural et sur la présomption de l'affectation à l'usage du public de ces chemins qui servent notamment de voie de passage. Un exemple jurisprudentiel montre que le juge administratif a décidé de considérer un chemin rural comme appartenant au domaine public alors même que l'affectation n'était pas effective. En effet, le Conseil d'Etat dans son arrêt Commune de la Souche du 25 janvier 2006²⁷⁶, considère que l'aménagement puis l'exploitation (ultérieure) d'un gîte rural par la commune concourt au service public de développement économique et touristique alors même, rappelons le, que cette affectation n'est pas effective car le gîte n'est pas encore exploité, n'est pas encore en fonction.

La recherche de l'affectation reste toutefois un élément déterminant dans le raisonnement du juge administratif. Dans certains cas, l'aménagement sera l'affectation comme avec l'exemple

²⁷² Comme l'explique M. Gros dans son article précité : CE, 28 mai 1935, Marécar, Rec. Conseil d'Etat p. 749 sachant que le critère de l'aménagement spécial ne sera découvert qu'en 1956 avec l'arrêt Société le Béton ; 18 juin 1969, Dame Vial, req. 74252 ; trois décisions du 14 juin 1972 : Epoux Chabrol, req. 8046, Bollecker, JCP 1972. 88K17167 et Elkoubi, Rec. Conseil d'Etat, p. 347 et enfin CE, 3 décembre 1986, Macquart, req. 65391.

²⁷³ Voir pour des précisions sur ce point le chapitre précédent.

²⁷⁴ CAA de Bordeaux, 27 juin 2002, n°98BX00629. Non publié ni mentionné aux tables du recueil Lebon.

²⁷⁵ CAA de Marseille, 6 décembre 2004, n°03MA00012. Non publié ni mentionné aux tables du recueil Lebon.

²⁷⁶ CE, 25 janvier 2006, Commune de la Souche, Rec. Conseil d'Etat, tables, p. 862 ; C-MP, 2006, comm. 88. Nous pouvons constater en l'espèce les propos du Conseil d'Etat allant dans ce sens : « *il est constant que la commune de la Souche a acquis l'immeuble litigieux et y a entrepris des travaux en vue de l'aménager, de l'exploiter en gîte rural ainsi qu'elle l'avait décidé par deux délibérations successives de son conseil municipal en date des 27 juillet et 28 septembre 2001 ; qu'elle doit dès lors être regardée comme ayant affecté cet immeuble au service public de développement économique et touristique.* »

de l'arrêt Siméon du 6 juin 1986²⁷⁷ rendu par le Conseil d'Etat qui incorpore au domaine public une salle des fêtes au motif suivant : « *le bâtiment appartenant à la commune et aménagé à cette fin a été affecté à l'usage du public* ».

L'analyse jurisprudentielle qui va suivre tend à montrer l'extension de ce critère réducteur de l'aménagement spécial et la place qu'il occupe désormais. Cependant, le résultat de cette extension va notamment avoir pour conséquences de remettre la notion d'affectation au cœur du domaine public.

B- Les conclusions de l'analyse jurisprudentielle.

Ces jurisprudences montrent en quoi le critère de l'aménagement était initialement quasi inexistant. En effet, à partir du moment où l'affectation ne faisait pas de doute, le critère de l'aménagement n'était pas véritablement exigé. Le résultat de cette « politique » jurisprudentielle, qui perdura pendant plusieurs dizaines années, s'est traduit par une hypertrophie du domaine public. Un nombre très important de biens se sont trouvés inclus dans le domaine public avec les conséquences qui en découlent, auxquelles nous accorderons d'ailleurs des développements ultérieurs. Une fois incorporé au domaine public, un bien est soumis au régime juridique de la domanialité publique. Or, cela implique que le bien soit soumis à la fois au principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité. Une fois incorporé au domaine public, le bien est ainsi tenu de respecter différentes contraintes juridiques et les personnes publiques propriétaires ne peuvent pas l'utiliser comme bon leur semble. Les personnes publiques propriétaires d'un domaine public ont eu à faire face à des patrimoines importants à entretenir, gérer et rentabiliser.

Il arrive tout de même, dans cette période jurisprudentielle où le critère de l'affectation semble présumé, que le juge administratif développe davantage l'affectation. Ce sont des cas d'espèce isolés au sein de la jurisprudence, illustrant le fait que pour le juge, ce critère de

²⁷⁷CE, 6 juin 1986, Siméon, *D.A.*, 1986, n°399.

l'affectation doit être omniprésent et que la création du critère de l'aménagement spécial n'a pas à le dépasser. Le juge ne va alors pas hésiter à rechercher l'intention de la personne publique. C'est dans une jurisprudence du 25 novembre 1964, Société du Vélodrome du parc des Princes²⁷⁸, que le Conseil d'Etat, décide de rechercher cette intention. En l'espèce, la ville de Paris, avec ce vélodrome, a voulu réaliser un ensemble immobilier affecté dans un but d'utilité générale à la pratique et au développement des activités et manifestations sportives. Le juge fait référence à des dispositions précises du contrat, et bien sûr vérifie aussi que des aménagements spécialement adaptés ont été prévus. Nous pouvons d'ailleurs lire dans ce jugement que « *cette affectation ressort plus précisément des dispositions des articles 4 et 17 du contrat selon lesquelles (...)* », le juge administratif énonce alors les longues dispositions de ce contrat et en déduit que « *les susdites activités et manifestations sportives, expressément énoncées ou définies par le contrat, présentaient, dans leur ensemble et compte tenu de la situation particulière du Vélodrome du Parc des Princes pour l'agglomération parisienne, une valeur éducative et populaire conférant à leur organisation le caractère d'une mission d'intérêt général ; que du fait de cette affectation à un service public et des aménagements spéciaux qu'il comportait, ou devait comportait par application de l'article 8 du contrat, l'ensemble immobilier dit Vélodrome du Parc des Princes s'est trouvé incorporé dans le domaine public communal*. Dans le même registre, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 5 février 1965, Société Lyonnaise des Transports²⁷⁹ admet que le garage terminus de la gare de Lyon-Perrache fasse partie du domaine public car ce dernier est affecté au service public des chemins de fer et le Conseil d'Etat détaille ce point. Les aménagements spéciaux sont aussi présents et soulignés par le juge comme étant situés à proximité de la gare et d'offrir des commodités particulières aux voyageurs.

D'autres jurisprudences vont également dans le sens d'une recherche de la présence nécessaire de l'affectation, même dans les années où prédominent pourtant la recherche d'éventuels aménagements spéciaux. Quelques jurisprudences du Conseil d'Etat se démarquent comme celle du 17 novembre 1976²⁸⁰, Epoux Leduc-Moranval où le juge administratif recherche l'intention de la commune en allant jusqu'à examiner les délibérations du conseil municipal. La preuve en est « *que c'est seulement à la suite de la délibération en date du 28 juin 1974 du conseil de la communauté urbaine de Strasbourg, prise en application de l'article 4, 16, de la loi du 31 décembre 1966 relative aux communautés*

²⁷⁸ Cf. *supra* note n°264 pour l'arrêt Société Vélodrome du parc des Princes.

²⁷⁹ CE, 5 février 1965, Société Lyonnaise des Transports, Rec. Conseil d'Etat, p. 76.

²⁸⁰ CE, 17 novembre 1976, Epoux Leduc-Moranval, Rec. Conseil d'Etat, p. 487.

urbaines, que la rue Charles Brauer s'est trouvée incorporée au domaine public ; que les alignements auxquels il a été procédé par cette délibération ont eu pour conséquence de modifier la configuration initiale de l'impasse et d'en exclure la parcelle qui formait antérieurement son extrémité ; que de ce fait, cette parcelle n'a pas cessé d'appartenir au domaine privé de la commune d'Illkirch-Graffenstaden »

L'arrêt du Conseil d'Etat du 14 octobre 1977²⁸¹, procède de la même façon en allant rechercher l'intention de la commune en question. Un peu plus tard, c'est dans un arrêt du Conseil d'Etat du 21 janvier 1983, Association maison des jeunes et de la culture de Saint-Maur²⁸² que le juge va alors constater les éléments allant dans le sens d'une affectation à un service public culturel. En effet, la commune en louant à une maison des jeunes des locaux pour l'exercice de ses activités fait de ces dépendances, des biens appartenant au domaine public et en plus des aménagements spéciaux avaient été effectués. Il prend le temps de rechercher la preuve de cette affectation.

Un autre exemple peut aussi illustrer ces propos, c'est l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 mars 1993, Consorts Villedieu et SARL Villedieu Pneus²⁸³. Là encore le juge administratif se livre à une étude assez approfondie de l'affectation. En l'espèce, la passerelle sur laquelle est implantée une station service contiguë et non détachable des bureaux du port autonome de Papeete, concourt à l'utilité générale qui a déterminé l'affectation de ce terrain à l'établissement public du port autonome. Des aménagements spéciaux étaient certes présents. Enfin, nous pouvons terminer ce constat par une jurisprudence de la Cour Administrative d'Appel de Marseille en date du 2 juillet 1998²⁸⁴. Il est d'abord constaté la présence d'activités sportives et de loisirs qui sont d'utilité publique. Ainsi, les installations sportives et de loisirs qui sont à côté d'un camping sont incorporées au domaine public de la commune évidemment propriétaire du camping. Ces installations sont affectées au service public touristique et des aménagements spéciaux de ces lieux étaient évidemment présents.

Si ces exemples de jurisprudence restent des cas isolés, cela va devenir plus contestable aux abords du 21^{ème} siècle. Il est à noter que la doctrine pense majoritairement qu'il faut réduire le domaine public et qu'il faut davantage de sévérité dans l'appréciation du critère de l'affectation. Cela va progressivement « faire son chemin » en jurisprudence. Le critère de

²⁸¹ CE, 14 octobre 1977, n°00344.

²⁸² CE, 21 janvier 1983, Association maison des jeunes et de la culture de Saint-Maur, Rec. Conseil d'Etat, p. 14.

²⁸³ CE, 8 mars 1993, Consorts Villedieu et SARL Villedieu Pneus, mentionné aux tables du recueil Lebon, p. 759 et 930.

²⁸⁴ CAA de Marseille, 2 juillet 1998, n°97MA05318. Non publiée et ni mentionnée au recueil Lebon.

l'affectation semble reprendre de son importance. Non seulement la recherche de ce critère et de l'intention de la personne publique va être de plus en plus rigoureuse mais en outre, le critère de l'aménagement va retrouver sa fonction première. Il va se contenter de traduire et mettre davantage en avant le critère de l'affectation. Les aménagements ne vont servir qu'à transcrire explicitement cette affectation des dépendances. Nous l'avons vu précédemment avec la jurisprudence Hild du Conseil d'Etat de 1958, mais les exemples vont devenir plus fréquents dans la période du début du 21^{ème} siècle. La décision du Tribunal des Conflits du 22 octobre 2007, Mlle Doucedame contre département des Bouches-du-Rhône²⁸⁵ s'inscrit notamment dans ce mouvement. Ce n'est ni la question de la propriété publique, ni celle de la présence d'une affectation à l'utilité publique qui posent problème en l'espèce. La grotte en question se trouvait dans un massif forestier protégé et était affectée au service public de l'environnement. Cependant, les aménagements en question n'ont pas été jugés suffisants au regard de leur nature et de leur importance. Ils n'ont pas été considérés comme spécialement adaptés à l'exploitation du service public. Nous pouvons lire que les aménagements « *sous la forme exclusive de panneaux d'information et de balisage de sentiers de promenade ou de randonnée* » n'apparaissent pas « *comme des aménagements spécialement adaptés à l'exploitation du service public* », et cela en raison de « *leur nature et [de] leur importance* ». Par conséquent, ils n'ont pas, en l'espèce, été considérés comme suffisamment révélateurs de l'intention du département de faire de cette grotte une dépendance du domaine public et de mettre en avant son affectation. Ces aménagements ne révélaient pas véritablement l'affectation de cette grotte au service public de l'environnement. Cela rappelle la jurisprudence de 1938 déjà citée qui faisait référence à cette nature et à l'importance de l'aménagement.

Dès le début du 21^{ème} siècle, la recherche de cette intention est de plus en plus fréquente. Dans un arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Marseille du 25 septembre 2001²⁸⁶, il est dit « *que la commune manifeste ainsi la volonté que ce bâtiment soit affecté à un service public* » et les aménagements ont été prévus en vue de servir le centre de vacances. C'est la même Cour qui le 12 juin 2006²⁸⁷ a considéré que la parcelle faisait partie d'un ensemble qui avait fait l'objet d'un aménagement spécial par la commune en 1945 en témoignaient les cabines de bains, les magasins, les hangars à bateaux, les toilettes et les douches. Cet ensemble était affecté à la fois à l'usage du public et à l'exécution du service public des bains de mer.

²⁸⁵ TC, 22 octobre 2007, Mlle Doucedame contre département des Bouches-du-Rhône, Rec. Conseil d'Etat p. 607.

²⁸⁶ CAA de Marseille, 25 septembre 2001 n°98MA00239. Non mentionné au recueil Lebon.

²⁸⁷ CAA de Marseille, 12 juin 2006, n°04MA01638. Non mentionné au recueil Lebon.

Cela fait donc partie du domaine public communal. La recherche des aménagements spécialement adaptés pour mettre en valeur cette affectation sont donc visibles. En recherchant cette intention des personnes publiques, le juge administratif tient à s'assurer concrètement que cette volonté s'est traduite par des aménagements réels et spécialement conçus pour cette affectation. La volonté et la réalité des aménagements sont liées car le deuxième élément est le prolongement du premier et permet son effectivité.

Cette tendance semble se confirmer en jurisprudence à la suite de l'adoption par le législateur du GGPPP. En effet, la volonté législative affichée dans ce code est de réduire la consistance du domaine public. L'appartenance au domaine public immobilier impose aujourd'hui un aménagement indispensable en ce qui concerne les biens qui seront affectés à l'exécution d'une mission de service public. Ainsi, le CGPPP, dans son article L. 2111-1 exige un aménagement indispensable à l'exécution du service public auquel le bien est attaché. En revanche, en ce qui concerne l'affectation des biens à l'usage direct du public, le critère de l'aménagement a totalement disparu. Il semble que le législateur exige plus de sévérité sur l'appréciation de cette condition ce qui veut dire que l'affectation à l'utilité publique est de nouveau mise en avant et ne doit plus être implicite ou simplement présumée.

Ce code ayant été adopté relativement récemment, les exemples jurisprudentiels censés appliquer cette nouvelle orientation, sont peu nombreux. Au contraire, il apparaît que même si le juge administratif est plus enclin à apprécier plus sévèrement les aménagements nécessaires à l'affectation d'un bien, il n'emploie pas pour autant la formule adoptée par le Code à savoir la présence « d'un aménagement indispensable ». Il s'avère, comme nous l'avons vu auparavant avec la décision du Tribunal des Conflits de 2007, que le juge va surtout s'attarder sur sa nature et son importance. Cependant, il est nécessaire de relativiser cette analyse relative à cette décision du Tribunal des conflits car elle est très ambiguë. *A priori*, il semble apprécier de manière plus sévère ces aménagements mais ne fait pas une application très franche du CGPPP. Le Tribunal vise ce code mais il ne reprend pas le terme d'aménagement indispensable. La raison paraît évidente car les faits qu'il doit juger sont antérieurs à l'entrée en vigueur du CGPPP. Il applique donc les règles jurisprudentielles antérieures à cette époque. Différents commentaires ont été écrits, plusieurs conclusions ont été rendues à la suite de cette jurisprudence. Il semble que sans emprunter la notion « d'indispensable », le juge des conflits applique tout de même l'esprit de la nouvelle définition du domaine public

immobilier en recherchant si les aménagements sont spécialement adaptés à l'exploitation du service public en cause.²⁸⁸ En conséquence, une appréciation un peu plus sévère se dessine.

L'analyse de la jurisprudence de ces dernières années est difficile à interpréter même si l'attitude du juge administratif manifeste sa volonté d'être plus attentif à l'affectation et sur les aménagements qui sont susceptibles de la révéler. Récemment, la Cour Administrative d'Appel de Versailles, le 29 octobre 2009²⁸⁹ a surpris. En effet, le code du domaine de l'Etat est visé. Dans les considérants, la Cour constate que la ferme en question ne fait pas partie du domaine public car à la date où le recours est opéré, le bien n'avait reçu aucun aménagement spécial. La commune ne rapporte pas suffisamment de preuves puisqu'elle joint seulement à la requête un devis et une délibération. Pour ces raisons, la Cour n'établit pas de manière certaine l'affectation et les aménagements.

Or, quelques années auparavant, une solution inverse aurait pu être prononcée car ce type d'aménagements aurait pu suffire à permettre de déclarer que la ferme en question appartenait au domaine public. Si des doutes sont encore permis, il semble néanmoins que le juge administratif exige une affectation évidente et relevée par des aménagements indispensables ou, au moins, spéciaux.

Cet aménagement est seulement censé constater l'affectation du bien et la renforcer. Pour P. Delvolvé²⁹⁰, l'aménagement indispensable ne fait que révéler et mettre en avant l'affectation. Il y a une réaffirmation de l'importance du critère de l'affectation, car c'est la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable pour concrétiser l'affectation qui compte. Bien évidemment, ces propos sont à mettre en relation avec ce qui a été dit auparavant sur la première jurisprudence relative à la nouvelle définition du domaine public et sur l'appréciation faite par le Tribunal des Conflits de ce critère de l'aménagement indispensable. Il faudra attendre davantage de jurisprudence en la matière pour savoir si celle-ci est prête à traduire la volonté du législateur, c'est-à-dire à réduire la consistance du domaine public par une appréciation plus restrictive et plus sévère du critère de l'aménagement.

Il semble ainsi que nous assistions à un recentrage sur l'essentiel, sur le fondement de l'existence du domaine public à savoir un domaine affecté à une utilité publique. Finalement, ce qui est essentiel, c'est l'affectation et elle ne doit faire aucun doute.

²⁸⁸ M. Canedo-Paris, « Feu le critère de l'aménagement « indispensable » », *AJDA*, 2008, p. 1145.

²⁸⁹ CAA de Versailles, 29 octobre 2009, n°08VE02560. Non mentionné au recueil Lebon.

²⁹⁰ P. Delvolvé « Regard extérieur sur le Code », *RFDA*, 2006, n°5, p. 899.

Ce critère encore bien vivant en jurisprudence ne cesse de prouver la raison d'être de l'existence du domaine public et la jurisprudence semble reprendre conscience de cet élément, tout comme le font ces derniers temps le législateur²⁹¹ et la doctrine. Cette notion est essentielle même si la jurisprudence ne renie pas le premier critère qui doit toujours être rempli à savoir l'appartenance du bien à une personne publique. Une jurisprudence est venue confirmer cet état du droit positif.²⁹² En l'espèce, il s'agissait d'un organisme de droit privé *sui generis* qui ne pouvait donc pas revendiquer la propriété d'un domaine public.

La tâche qui reste à réaliser est de dissocier les deux notions de propriété publique et d'affectation et de démontrer qu'elles sont indépendantes. L'enjeu est capital car il s'agit de soutenir que les deux notions sont autonomes et peuvent très bien exister l'une sans l'autre. L'affectation fonctionnera ainsi de manière autonome avec ses propres principes et règles de fonctionnement.

²⁹¹ Voir les développements qui suivent dans ce chapitre.

²⁹² CE, avis, 10 juin 2004, Agence-France-Presse, Conseil d'Etat, Rapport public 2005, jurisprudence et avis, 2004, *études et documents* n°56, Responsabilité et socialisation du risque, la Documentation Française, 2005, p. 184.

Section II : L'affectation : un critère indépendant et autonome de la propriété du bien.

Pendant longtemps, on a fait un amalgame entre la propriété publique et la domanialité publique. Or cette dernière ne concerne pourtant que le régime s'appliquant aux biens affectés à une utilité publique du domaine public. Les deux notions étaient confondues par la doctrine mais également par la jurisprudence. (§1)

Pourtant, ces deux notions ne recouvrent ni les mêmes choses, ni les mêmes situations et n'entraînent pas non plus les mêmes conséquences. Cela s'est fait progressivement et l'apport majeur est dû à P. Yolka. (§2)

§1- L'affectation : une notion indépendante de la propriété publique.

Pour rendre exactement compte la situation, il faut expliquer pourquoi on a souvent et pendant longtemps confondues les deux notions. (A) Mais ces dernières années, on a mis en évidence le fait qu'elles ne concernent pas le même registre. On s'aperçoit que plusieurs personnes publiques ne sont plus propriétaires d'un domaine public car leurs biens ont été « privatisés ». Ces biens sont cependant pour la plupart restés affectés à l'utilité publique, souvent à un service public. Le législateur s'est montré de plus en plus soucieux de cette affectation dans les lois dans lesquelles il a prévu de déroger aux principes de la domanialité publique. (B)

A- Une opposition historique dans la théorie générale du domaine public : la notion d'affectation et de propriété.

Il faut, d'emblée, affirmer qu'aujourd'hui la notion d'affectation et plus spécialement celle des biens en général est une notion indépendante de la notion de la propriété publique. Au départ, il y a eu une réticence certaine à considérer le domaine public comme susceptible de faire l'objet d'un droit de propriété. En effet, comme le dit R. Chapus²⁹³, le domaine public était censé faire davantage l'objet d'un droit de garde, de surintendance, de surveillance. A l'époque, on considère le domaine public et ses dépendances comme inaliénables du fait de leur affectation à l'utilité publique et par conséquent, cette conception est incompatible avec le droit de propriété qui classiquement se caractérise par le droit d'user du bien dont on est propriétaire, de récolter ses fruits et surtout de l'aliéner. Cela pose évidemment problème du point de vue des biens du domaine public. Il y a comme une incompatibilité entre la notion de propriété et l'idée d'affectation, l'un ayant une connotation purement privée et l'autre étant davantage tourné vers l'intérêt général.

Il y a eu de nombreux débats doctrinaux sur la nature du droit de la personne publique sur son domaine avec la thèse notamment qui défend le droit de garde des personnes publiques sur leur domaine. Cela tient à des considérations politiques, juridiques et à la conception que l'on se faisait des biens domaniaux car à l'époque, ceux-ci étaient insusceptibles d'appropriation. Il faut alors faire état du débat qui opposa les partisans de la reconnaissance d'un droit de propriété sur le domaine public et aux partisans d'un droit de garde que l'Etat exercerait sur son domaine. Sous l'Ancien Régime, le Roi était considéré comme le gardien du domaine et non comme un propriétaire. C. Laviolle retrace cette évolution de la doctrine à propos de la nature du droit exercé sur le domaine public.²⁹⁴ Avant cette époque, la doctrine composée de Ducrocq²⁹⁵, Proudhon²⁹⁶ parle de droit de garde sur le domaine public, d'un domaine plutôt de protection. D'après lui, le roi garde les choses hors du commerce. Elles ne sont donc pas soumises à un droit de propriété. Ce droit de garde vise notamment à garantir l'usage des

²⁹³ R. Chapus, *Droit administratif Général*, T. 2, 15^{ème} édition, 2001.

²⁹⁴ C. Laviolle, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP*, 1990, p. 27 et s.

²⁹⁵ T. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Paris, Thorin, 5^{ème} édition, 1877, T2.

²⁹⁶ V. Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Victor Lagier, 1833-1834.

biens pour tous. Il en est ainsi pour J-C. Demolombe²⁹⁷, et E. Laferrière²⁹⁸ qui font référence à un « pouvoir d'administration, de surveillance, d'entretien, de police et de juridiction. » H. Berthélémy²⁹⁹ partage également ce point de vue car pour lui le « le domaine public n'est pas susceptible de propriété ».

Malgré l'affirmation lors de la Révolution Française d'un vrai droit de propriété de la Nation sur son domaine public³⁰⁰, il faut attendre le 20^{ème} siècle pour que cela se concrétise. Entre temps, la situation devenait de plus en plus contradictoire, car L'Etat n'agissait pas comme un propriétaire mais percevait des revenus pour l'occupation de ses dépendances. La doctrine remet en cause la distinction du domaine public et privé fondée sur la nature des biens. En effet, des biens, susceptibles de propriété privée pouvaient appartenir au domaine privé et les biens faisant partie du domaine public étaient insusceptibles d'une telle propriété. Le problème est que des biens pouvaient passer d'un domaine à l'autre, ce qui rendait la distinction incohérente. Par conséquent, la distinction ne pouvait plus être fondée sur la nature des biens mais sur l'affectation. Avec M. Hauriou³⁰¹, la doctrine du vingtième siècle allait se rallier à l'idée que l'Etat et les autres personnes publiques, exerçaient un droit de propriété sur le domaine public. M. Waline³⁰² et lui ont admis que la notion de droit de propriété est commune au droit privé et public et cela est confirmé par le Conseil Constitutionnel³⁰³. Reste tout de même la question de l'exorbitance quant au régime lié à ce droit de propriété publique qui diffère du droit de propriété privé.

A propos du domaine public, R. Chapus³⁰⁴ explique les courants doctrinaux en la matière et notamment celui de V. Proudhon et H. Berthélémy. Il fait référence aussi M. Waline et M. Hauriou et explique qu'ils ont rompu avec l'idée que des biens puissent être insusceptibles d'appropriation privée. Contrairement au premier courant doctrinal, ils ne souhaitent pas limiter la domanialité publique. Pour eux, des biens affectés à un service public peuvent prétendre à une protection par les règles strictes de la domanialité publique.

²⁹⁷ J. Joubert, « Un grand juriste cotterézien : Jean-Charles Demolombe (1804-1887) », *Mémoires de la Fédération des sociétés d'histoire et d'archéologie de l'Aisne*, t. XXII (1977), p. 170-173. O. Gréard, « Notice sur Demolombe », *Mémoire de l'Institut, Académie des sciences morales et politiques*, 2e série, t. XVII.

²⁹⁸ E. Lafferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris et Nancy, Berger-Levrault, 2^{ème} édition, 1896, 2 volumes.

²⁹⁹ H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11^{ème} édition, librairie Arthur Rousseau, 1933.

³⁰⁰ Voir les développements sur ce point dans la première section de ce chapitre.

³⁰¹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} édition, 1933.

³⁰² M. Waline, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 7^{ème} édition, 1957.

³⁰³ CC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, n°86-217 DC, AJDA 1987, p. 102.

³⁰⁴ Cf. *supra* note n°293.

Pour R. Chapus, après avoir énoncé que « toute la domanialité repose sur l'idée de l'affectation administrative des choses à l'utilité publique »³⁰⁵, le doyen M. Hauriou éclaire la signification de l'expression d'affectation administrative en précisant que « sont dépendances du domaine public toutes les choses qui ont été l'objet d'une affectation formelle à l'utilité publique » : c'est-à-dire dont l'affectation à l'utilité publique (aux besoins du public ou à ceux des services publics) a été, soit reconnue, soit décidée par un acte administratif. Mais R. Chapus souligne que cette conception du domaine public n'est pas sans risque, puisqu'elle permet à l'administration d'étendre le domaine public comme elle le souhaite. Il lui suffit, en effet, de prendre un acte de classement.

Pour remédier à ce défaut, M. Waline va compléter cette théorie en énonçant que doivent entrer dans le domaine public les seuls biens qui sont indispensables à la satisfaction des exigences d'utilité publique. Cette théorie sera notamment développée dans sa thèse sur les mutations domaniales³⁰⁶.

M. Hauriou considère que s'exerce un droit de propriété sur le domaine public. Il défend cependant l'idée que ce droit de propriété est public et quelque peu spécial.³⁰⁷ D'après lui, le droit d'affecter est une prérogative de propriétaire. F.P. Benoit a résumé la pensée de M. Hauriou dans cette phrase : « les biens domaniaux sont objets d'une propriété qui est originale du fait de l'affectation, il s'agit d'une propriété publique. »³⁰⁸

A propos de M. Hauriou, on ne manque pas ici de faire référence aux explications de M. Xifaras qui explique que la théorie de la propriété vient de l'Allemagne et qu'elle a été retranscrite en France grâce à R. Saleilles et M. Hauriou, qui lisent le droit allemand. Ils se demandent donc : quels sont les droits de l'Etat sur le Domaine ? Comme M. Hauriou veut unifier le droit administratif, il utilise celui de la personne morale et cela aboutit à la reconnaissance de la propriété de l'Etat sur le Domaine.³⁰⁹ A partir du moment où la doctrine et le Conseil d'Etat vont accepter de reconnaître la personnalité morale de droit public aux personnes publiques et de soumettre les activités de l'Etat correspondant à l'exercice de sa puissance publique, le droit de propriété est accepté. Cependant, même s'il est soumis au droit de propriété, ce dernier demeure plus spécifique que le droit de propriété des personnes

³⁰⁵ Citation des propos de M. Hauriou repris par R. Chapus.

³⁰⁶ Cette théorie sera développée ultérieurement notamment dans le chapitre 2, du titre II de la Partie I.

³⁰⁷ Cf. *supra* note n°301; M. de Villiers, *Droit public général*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, p. 986 et s.

³⁰⁸ F.P. Benoit, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968.

³⁰⁹ M. Xifaras, *Réflexions historiques autour des mutations domaniales*, conférence dans le cadre des séminaires de la salle de droit public, Paris-Assas, le 23 mai 2007. Inédit.

privées, pour la simple raison que les personnes publiques restent animées par le souci de l'intérêt général.

La doctrine a progressivement admis que le droit de propriété existait sur le domaine public mais le débat s'est ensuite focalisé sur la nature de ce droit. La question est de savoir si ce droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens publics est de la même nature que celui qui porte sur les biens privés³¹⁰. La réponse la plus pertinente est celle de P. Yolka³¹¹. Il s'efforce en effet de définir une théorie de la propriété publique. Même si, pour le Conseil Constitutionnel³¹², ces deux droits de propriété sont sur un pied d'égalité, pour P. Yolka, la propriété publique se caractérise par deux éléments principaux à savoir le principe d'insaisissabilité et l'incessibilité des biens³¹³.

La thèse du droit de propriété fut consacrée par le Conseil d'Etat, Ville de Paris de 1909³¹⁴, arrêt dans lequel il a considéré que la ville de Paris était bien propriétaire des voies publiques en question. Le Conseil d'Etat confirme sa position le 17 janvier 1923 dans l'arrêt Piccioli³¹⁵, mais cette fois en ce qui concerne le droit de propriété de l'Etat et non celui des collectivités territoriales.

Le législateur va à plusieurs reprises sous entendre que les personnes publiques sont titulaires d'un droit de propriété.³¹⁶ Mais il est vrai que cela n'a jamais été véritablement affirmé. Jusqu'à l'adoption en 2006 du CGPPP³¹⁷, dont le titre évocateur, ne laisse plus de doute sur l'existence de ce droit de propriété des personnes publiques.

Ce droit de propriété des personnes publiques tant controversé a d'ailleurs une valeur constitutionnelle. En 1986³¹⁸, le Conseil Constitutionnel a affirmé que la protection due au droit de propriété en application de l'alinéa 17 DDHC de 1789 « ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publique » (§48). Il s'agissait pour le juge constitutionnel d'empêcher à l'époque que le gouvernement ne puisse « brader » les biens publics. Cette décision est en quelque

³¹⁰ L'article 544 du Code civil énonce : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

³¹¹ P. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997.

³¹² Cf. *supra* note n°303.

³¹³ Voir sur ce régime *juridique* de la propriété publique, le chapitre 1 du Titre II de la Partie I.

³¹⁴ M. Hauriou, note sous CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, S. 1909, III, p. 97.

³¹⁵ M. Hauriou, note sous CE, 17 janvier 1923, Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie contre société Piccioli frères, S. 1925, III, 17.

³¹⁶ Notamment dans le Code du domaine de l'Etat de 1957.

³¹⁷ Ordonnance de 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, n°2006-460, JO du 22 avril 2006, p. 6024.

³¹⁸ Cf. *supra* note n°303.

sorte une réponse aux nationalisations opérées à l'arrivée au pouvoir de F. Mitterrand. Le Conseil Constitutionnel se place d'ailleurs sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Le droit au respect des biens implique donc que ce droit bénéficie aussi aux personnes publiques propriétaires.

Cette idée est reprise dans les décisions postérieures du Conseil Constitutionnel à savoir celles du 25 et 26 juin 1986³¹⁹, du 21 juillet 1994³²⁰, et enfin celle du 26 juin 2003³²¹.

La jurisprudence va aussi consacrer ce principe et même l'étendre aux établissements publics. Après la réfutation par A. Laubadère de la thèse de R. Capitant selon laquelle le droit de propriété est celui du Code Civil simplement grevé d'une servitude d'affectation, la grande majorité de la doctrine considère qu'il s'agit d'une propriété originale, administrative. J. Morand-Deville considère que les personnes publiques ont un véritable droit de propriété sur leur domaine public même si cette propriété demeure spéciale.³²²

On peut ainsi en conclure, comme le dit J-P. Amadei³²³, que l'on a souvent recherché la nature juridique du droit qui s'exerçait sur le domaine public mais moins celle du droit qui s'exerce sur le domaine privé. Seuls R. Chapus et P. Yolka affirment que le droit de propriété est le même sur les deux domaines. La propriété publique s'impose tant sur le domaine public que sur le domaine privé.

Cet état du droit est incontestable. Il ne faut pas pour autant considérer que les notions de propriété et d'affectation se confondent.

³¹⁹ CC, 25 et 26 juin 1986, n°86-207 DC, Rec. p. 61.

³²⁰ CC, 21 juillet 1994, n°94-346 DC, note de G. Gondouin, *AJDA*, 20 novembre 1994, p. 786.

³²¹ E. Fatôme, note sous CC, 26 juin 2003, n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1404 ; E. Fatôme et L. Richer, note sous CC, 26 juin 2003, décision n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *RFDC*, n°56, octobre 2003, p. 772 et s.

³²² J. Morand Deviller, « Domaine public, affectation, copropriété », *RDI*, 1995, p. 457.

³²³ J-P. Amadei, « Sur la nature du droit de propriété du domaine privé », *RDP*, n°2, 1998, p. 505.

B-Une propriété et une affectation indépendante : des conséquences différentes.

Exception faite de G. Jèze, les auteurs s'accordent sur le fait que l'Etat est propriétaire d'un domaine, qui est grevé d'une affectation et qu'il faut préserver. L'Etat, et cela ne fait aucun doute, est propriétaire de toutes ses dépendances domaniales. Les auteurs se sont ensuite interrogés sur la nature juridique de ce droit de propriété et se sont demandés si ce droit était un droit de propriété particulier, un droit spécial, ou un droit de propriété classique comparable à celui du Code Civil. Pour certains, le droit de propriété des personnes publique est un droit spécial, un droit de propriété administratif³²⁴.

Pour d'autres, et notamment pour M. Hauriou, la propriété qu'exerce l'Etat sur ses dépendances est de même nature que la propriété privée, ce droit de propriété est équivalent même s'il traite de la propriété publique à condition. Cela suppose, cependant, que l'on isole totalement la question de l'affectation.

Pour R. Capitant et G. Maroger, le droit de propriété de l'Etat est exactement le même que celui que détient toute personne privée. D'après eux, l'Etat jouit d'un droit de propriété privée à part entière car ils considèrent que le pouvoir d'affecter n'a rien à voir avec le propriétaire qui ne possède pas cette prérogative. R. Capitant pousse plus loin encore le raisonnement dans sa fameuse note sous l'arrêt Commune de Barran.³²⁵ D'après lui, les personnes publiques sont bien titulaires d'un droit de propriété privée sur leurs dépendances domaniales car l'affectation est seulement une servitude d'intérêt général qui vient grever le domaine public de temps à autre.

La présentation de ces différentes conceptions du droit de propriété des personnes publiques sur leur domaine public est détaillée par A. Laubadère dans un article datant de 1950.³²⁶ Pour cet auteur, on ne peut cependant pas assimiler totalement la propriété publique à la propriété privée car il y aura toujours ce particularisme à savoir l'affectation. L'auteur, dans cet article, tente de réfuter quelques opinions récemment proposées et qui s'écartent de la conception traditionnelle de la domanialité publique. Pour lui, les notions de domanialité publique et de

³²⁴ Cette vision est notamment celle de Bonnard.

³²⁵ G. Maroger, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préface R. Capitant, Sirey, 1942 ; R. Capitant, note sous CE, 17 février 1932, Commune de Barran, D.1933, IIIème partie, p. 49.

³²⁶ A. de Laubadère, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », *RDP*, 1950, tome 70, p. 5. Voir la thèse développée par P. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 191, 1997 : arguments exposés par l'auteur développés dans les lignes suivantes.

propriété administrative se recouvrent exactement. Ce sont deux qualifications d'une même institution dont l'une désigne le régime juridique et l'autre la nature juridique.

Pourtant, aujourd'hui, la majorité de la doctrine s'est ralliée à la thèse développée par P. Yolka sur l'autonomie de la propriété publique. Y. Gaudemet énonce que souvent, le critère de la propriété est moins mis en avant que celui de l'affectation. Pour Y. Gaudemet, quand on parle de propriété, on précise toujours qu'elle est dominée par l'affectation. Dans sa thèse, P. Yolka remonte aux origines de la propriété publique et fait remarquer que dans le droit romain, les choses publiques ont été caractérisées essentiellement sur la base de leur destination à l'usage de tous. A cette époque, toute forme d'appropriation est rejetée. L'affectation est le critère des choses publiques. D'ailleurs, si on va plus loin, le public aurait le droit de revendiquer un droit à l'usage, un droit subjectif sur les choses affectées, garanti par des procédures particulières. Ce droit d'usage serait incompatible avec le droit de propriété. Dans l'analyse historique effectuée par P. Yolka, les thèses du droit de garde ou de propriété sur le domaine public se rejoignent car le gardien conserve toujours la chose pour le compte de quelqu'un. Pour lui « la garde n'exclut pas la propriété, elle l'implique ». Il nous explique aussi que sous l'Ancien Régime et dans l'Ancien droit, l'affectation n'occupait pas une place centrale. Pour P. Yolka, la nature du domaine public est d'être affectée. Les thèses antipropriétariste peuvent donc être contestées. En effet, pour lui, toutes ces thèses reposent sur l'incompatibilité de la propriété et de l'affectation à l'usage du public. Mais dès lors que ces deux notions sont assimilables, les thèses ne sont plus fondées.

A l'inverse, selon J.M. Pardessus³²⁷ et V. Proudhon³²⁸, la thèse du droit de garde est préférable car pour eux, le domaine est avant tout un domaine de protection.

Une partie de la doctrine va ainsi défendre cette théorie du droit de garde. P. Yolka explique cependant que ces auteurs confondent la notion de souveraineté et celle de la propriété. Progressivement, comme le dit P. Yolka, le juge judiciaire va se rallier à la théorie de la propriété et sera rejoint par le juge administratif qui consacre aussi la thèse de la propriété dans des arrêts relatifs aux mutations domaniales³²⁹ et quand les réflexions vont s'opérer sur les critères de la domanialité publique. A la fin du 19^{ème} siècle, le Tribunal des conflits prend note que les deux ordres de juridictions ont opté pour la thèse de la propriété des dépendances du domaine public. Mais dans le même temps, on assiste à la naissance en réaction de

³²⁷ J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers*, Paris, G. Thorel, Gilbert, 1838 et du même auteur *Traité des servitudes selon les principes du Code civil*, Paris, Rondenneau, 1806.

³²⁸ Cf. *supra* note n°296.

³²⁹ G. Teissier, conclusions sur CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, *D.* 1911, III, p. 73.

l'affirmation de la thèse de la propriété qui rappelle les thèses allemandes du « patrimoine d'affectation ». Pour la doctrine allemande, c'est la thèse du patrimoine but, dans laquelle l'affectation suffit. Il n'y a plus besoin de savoir quel est le propriétaire car la chose affectée appartient à l'objet de sa destination.³³⁰

Une autre conception a également été développée par R. Saleilles³³¹, qui considère que l'usage public n'absorbe pas la propriété mais constitue simplement une servitude la grevant³³². Pour lui, l'affectation est une servitude d'intérêt général qui pèse sur la propriété domaniale. Une branche plus radicale a même considéré la possibilité d'une affectation à l'usage public grevant les biens privés sous l'angle de la propriété. Cette conception est exposée de manière très explicite par R. Capitant dans sa note sous le célèbre arrêt Commune de Barran³³³. Il considère que ce qui est inaliénable n'est pas tant le bien en lui-même mais son affectation.³³⁴

Le juge a partiellement admis la dissociation entre la propriété et l'affectation notamment avec l'acceptation de la théorie des mutations domaniales. Il ne l'a cependant pas complètement admise car en droit français, on « maintient une forte exigence organique en complément de l'affectation. »³³⁵. Pour M. Hauriou, la propriété fournit l'explication la plus satisfaisante pour rendre compte de la valorisation du domaine public. Elle justifie l'attribution aux personnes publiques de produits domaniaux. D'après M. Hauriou, il n'y a pas de différences de nature entre la propriété privée et publique mais une différence de régime³³⁶.

P. Yolka en conclut qu'avec l'apparition et le développement de l'Etat Providence et celle corrélative de l'exploitation économique du domaine public, les thèses du droit de garde vont être abandonnées. La doctrine majoritaire va se rallier à la thèse de la propriété publique amorcée par M. Hauriou. Pour lui, les choses sont simples : le propriétaire est le fondement exclusif des pouvoirs de la gestion domaniale.

Quant à la nature même de ce droit de propriété, P. Yolka explique que le concept de propriété n'est ni public, ni privé mais peut revêtir l'une ou l'autre forme. Ce droit de propriété reconnu aux personnes publiques est différent de celui qui est reconnu au

³³⁰ Voir notamment la partie II de nos développements.

³³¹ Cf. *supra* note n°199.

³³² En fait, on interdit à la personne publique d'exercer les prérogatives essentielles de son droit tant que dure l'affectation.

³³³ R. Capitant, note sous CE, 17 février 1932, Commune de Barran, *D.*1933, IIIème partie, p. 49.

³³⁴ Nous développerons davantage, dans la Partie II, les idées contenues dans la thèse de R. Capitant.

³³⁵ Voir notamment idée émise par P. Yolka dans sa thèse : *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997 (dernière partie).

³³⁶ Cf. *supra* note n°301.

propriétaire en droit privé. Pour certains comme G. Maroger³³⁷ ou R. Capitant³³⁸, le droit de propriété serait de même nature que le droit de propriété privé à ceci près qu'il serait frappé d'une servitude d'intérêt général au profit de l'Etat. Mais, on le verra cette conception pose problème et n'est pas partagée par l'ensemble des auteurs car l'affectation des biens du domaine public ne peut pas être assimilée à une servitude.

P. Yolka tente d'ouvrir une troisième voie notamment au travers la théorie moderne de la propriété publique. D'après lui « la propriété publique n'est plus définie par son affectation, c'est dans la personnalité publique du propriétaire que doit être recherchée la source de son administrativité, l'appropriation publique emporte l'application d'un minimum incompressible de règles de droit public, peu importe l'appartenance des biens au domaine public ou au domaine privé. »³³⁹ Pour lui, l'affectation doit être exclue de la propriété publique et rester cantonnée dans la sphère de la domanialité. Il refuse la conception moniste de la propriété publique car dans ce cas, l'affectation est à la fois à l'origine de l'administrativité de la propriété publique et à l'origine d'un régime spécial, la domanialité publique. La notion fait donc double emploi. Il explique l'articulation entre la propriété publique et la domanialité publique : la propriété publique, dans sa conception classique est une coquille vide car elle repose sur le même fondement que la domanialité publique à savoir l'affectation. Auparavant, s'il n'y avait pas d'affectation, il ne pouvait pas y avoir de propriété administrative. D'après lui, ce n'est pas une confusion entre la notion juridique, la propriété et le régime juridique, la domanialité publique. Ceci est faux car la propriété est non seulement une notion juridique. Mais, elle emporte aussi l'application d'un régime juridique comme l'insaisissabilité qui n'a rien à voir avec le régime de la domanialité publique.³⁴⁰ Cette thèse est aujourd'hui largement reconnue en doctrine mais il nous faut démontrer en quoi cette vision doit être nuancée.

P. Yolka explique en quoi il est opposé à la conception fonctionnelle. En effet, on a cherché à abandonner le principe d'appropriation publique des biens en adoptant les théories anglaises qui essaient de faire l'économie de la propriété publique. Pour lui, cette remise en cause du critère de la propriété publique est liée à la remise en cause de l'Etat-Providence. On veut réduire la propriété publique aux seuls biens affectés à des usages publics importants.

³³⁷ G. Maroger, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préface R. Capitant, Sirey, 1942.

³³⁸ Cf. *supra* note n°333.

³³⁹ P. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, p. 412 et s.

³⁴⁰ Cf. *supra* note n°339, p. 430 et s.

Pour P. Yolka, cette approche fonctionnelle constitue un danger car on ne peut pas abandonner la conception institutionnelle. Il faut un savant dosage du fonctionnel et de l'institutionnel.

La solution pour lui consiste en quelque sorte à dissocier la propriété publique, qui désigne la qualité du titulaire de la domanialité publique et qui doit être identifiée grâce à son affectation. Il convient, toutefois, de préciser que cette dissociation n'est pas comparable à celle de R. Capitant qui effectue une dissociation à l'intérieur même du patrimoine des personnes administratives. Il ne s'agit pas de remettre en cause le schéma selon lequel la domanialité publique suppose la propriété publique. Simplement cette dernière n'implique plus nécessairement, en sens inverse, la domanialité publique, puisque le champ d'application s'en trouve étendu au domaine privé. L'objet de la propriété publique est donc élargi car il ne correspond pas toujours au domaine public. C'est ce que l'on constate aujourd'hui, et que l'on tente de mettre en avant. Toutefois, la propriété publique pour ne semble pas être la meilleure réponse actuelle aux nombreux défis qui attendent le domaine public. C'est ce que nous tâcherons de prouver en marquant notre préférence pour la notion d'affectation des biens à l'utilité publique.

L'importance de montrer qu'il ne faut pas confondre la notion de propriété et celle de domanialité publique qui est mise en évidence par F. Melleray.³⁴¹ Il explique qu'il ne faut pas confondre ces deux notions car la domanialité publique est un régime juridique qui s'applique et se superpose à certaines propriétés publiques affectées pour protéger notamment l'affectation. Ainsi, avec la valorisation du domaine public actuel, cela est possible tant que l'affectation n'est pas contredite. C'est d'ailleurs ce qu'exprime aujourd'hui clairement l'article L. 2122-4 du CGPPP³⁴² qui accepte notamment les servitudes conventionnelles si celles-ci sont compatibles avec l'affectation du bien.

Ces deux notions ne se confondent pas. En effet, la propriété publique peut exister indépendamment de la domanialité publique. Nous pouvons même dire que l'on peut avoir la « domanialité publique » ou un régime juridique quasi identique en dehors de la propriété publique. Le législateur a raisonné ainsi pour les biens de France Télécom ou ceux d'Aéroport

³⁴¹ F. Melleray, « L'exploitation du domaine public », *RJEP*, n°636, novembre 2006, p. 423.

³⁴² L'article L. 2122-4 du CGPPP énonce : « Des servitudes établies par conventions passées entre les propriétaires, conformément à l'article 639 du Code civil, peuvent grever des biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation de ceux de ces biens sur lesquels ces servitudes s'exercent. »

de Paris³⁴³. On voit alors que la notion d'affectation transcende alors la propriété publique et permet d'appliquer, à des propriétés privées, le régime contraignant qu'est la domanialité publique sans que cela pose de problèmes.

D'après P. Yolka³⁴⁴, le CGPPP développe une logique de propriété plutôt qu'une logique de domanialité. Nous ne sommes que partiellement d'accord avec cette amalgame. Le code consacre, ici, une logique de propriété plutôt que de domanialité. C'est ainsi que dans sa thèse, P. Yolka démontre l'indépendance des deux notions, la propriété et la domanialité publique. D'après lui on est passé, avec l'adoption du Code, d'une logique de protection, centrée sur l'affectation publique, à une démarche de valorisation, fondée sur le droit de propriété. D'ailleurs, la présentation du Code repose sur une logique propriétaire. En effet, on traite d'abord de l'acquisition, puis de la gestion et enfin de la cession. Or, l'auteur montre que ces deux notions sont différentes mais qu'elles sont souvent encore confondues par les jurisprudences du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat. Mais, l'article 17 de la DDHC protège la propriété et non le domaine public. L'auteur explique que la domanialité publique est un régime d'affectation qui entraîne l'application de certaines règles et qui se superposent à celles de la propriété publique. D'après lui, la propriété publique et domanialité publique sont des régimes complémentaires et sont des notions dotées d'une indépendance relative car la propriété publique peut exister sans domanialité publique l'inverse n'est pas possible.

Pour G. Hubrecht et F. Melleray³⁴⁵, une réserve importante doit être opérée car ils se demandent si le fait d'avoir consacré la théorie de la propriété publique est une bonne solution. En effet, ces derniers temps, le Conseil Constitutionnel et la loi se concentrent sur la notion d'affectation afin de la protéger au mieux. Ils prennent d'ailleurs par exemple le cas d'Aéroport de Paris. D'après eux, ces cas vont se reproduire car beaucoup d'établissements publics vont être transformés en société anonyme alors que leur mission de service public va être maintenue. On peut par conséquent se demander si la logique de propriété joue vraiment un rôle protecteur³⁴⁶.

On revient alors à notre idée de départ. En effet, la notion d'affectation est capitale et dépasse la simple question de la consistance du domaine public. Comme le souligne un autre

³⁴³ Pour cette démonstration, voir notamment I Titre I de la Partie II.

³⁴⁴ P. Yolka, « Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques », *JCP A*, n°22, 29 mai 2006, p. 687.

³⁴⁵ H-G. Hubrecht et F. Melleray, « Le Code général de la propriété des personnes publiques », *DA*, 8-9 août/septembre 2006, p. 4.

³⁴⁶ Sur ce point, voir les développements en Partie II.

auteur³⁴⁷, la décision relative aux aéroports montre, conformément aux enseignements de la doctrine contemporaine³⁴⁸, que les notions de propriété publique et de domaine public se superposent plus qu'elles ne se confondent. L'auteur souligne que longtemps la propriété publique a été perçue comme le préalable nécessaire à l'affectation, cette idée semble aujourd'hui avoir vécu. La maîtrise des biens suffit³⁴⁹.

Pour résumer nos propos, on peut dire qu'aujourd'hui, la doctrine contemporaine illustrée par J-M Auby³⁵⁰, J. Dufau³⁵¹, R. Chapus³⁵², J. Morand-Deville³⁵³ ou encore P. Yolka³⁵⁴ reconnaît que la propriété des personnes publiques sur leur domaine public est distincte de la propriété du droit privé. Cette propriété administrative, publique est donc autonome.

C. Lavalie défend lui aussi une idée qui se rapproche de la nôtre à savoir la position que défendaient à l'époque R. Capitant et G. Maroger, en dissociant l'affectation de la propriété.³⁵⁵ Pour C. Lavalie, la vraie différence est donc l'affectation qui donne une nature et « marque l'exercice du droit de propriété de la personne publique ». L'auteur se réfère à la thèse de P. Yolka, qui après avoir critiqué les théories classiques, reposant sur la garde, la police, démontre, en confrontant ses idées au droit positif, que les personnes publiques sont titulaires d'un droit de propriété à part entière mais d'une autre nature que celui du code civil. Les personnes publiques titulaires d'un domaine important exploitent cela en fonction de l'affectation mais aussi comme un pur patrimoine. Pour P. Yolka, la propriété est le fondement exclusif des pouvoirs de gestion domaniale. La majorité de la doctrine adhère aujourd'hui à cette idée de la propriété du domaine. Il est indéniable que la thèse est confirmée par le Conseil d'Etat, mais nous verrons que ce n'est peut être pas la meilleure solution à adopter face aux enjeux actuels du domaine public.

L'enjeu aura été de démontrer l'importance de la distinction des notions de propriété publique et d'affectation des biens. Ces deux notions sont l'une et l'autre fondamentale et ont contribué à la définition et à la construction de la théorie générale du domaine public. Cependant, le fait de souligner leur autonomie et indépendance réciproque, emporte des

³⁴⁷J-F. Brisson, « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *AJDA*, 3 octobre 2005, p 1835.

³⁴⁸ P. Yolka fait notamment partie des auteurs qui représentent ce courant doctrinal.

³⁴⁹ Voir sur ce point les développements dans les chapitres 1 et 2 du titre II de la Partie I.

³⁵⁰ J-M. Auby; P. Bon; J-B. Auby, *Droit administratif des biens*, précis Dalloz, 6^{ème} édition, 2011, 752 p.

³⁵¹ J. Dufau, *Le Domaine public*, 5^{ème} édition, Le Moniteur, 2001, Collection l'Actualité juridique, 576 p.

³⁵² R. Chapus, *Droit administratif Général*, T 2, 15^{ème} édition, 2001.

³⁵³ Cf. *supra* note n°322.

³⁵⁴ Cf. *supra* note n°339.

³⁵⁵ C. Lavalie, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP*, 1990, p. 27 et s.

conséquences importantes et n'entraîne pas les mêmes enjeux. Souligner l'importance de l'affectation des biens, le critère matériel et son rôle dans la théorie générale du domaine public permet de faire le choix de préserver l'utilité publique de ces biens plutôt que de passer par la propriété publique.

§2- L'affectation : un critère matériel et finaliste prenant le pas sur le critère organique.

On observe un mouvement de transformations multiples ces dernières années en passant par la réforme de l'Etat, sa restructuration et de son interrogation sur son véritable rôle, son souci de valoriser ses richesses, de devenir plus rentable à l'image de certaines entreprises privées.

En pratique, cela se traduit par un certain « délaissement » de ses responsabilités comme on peut le constater en matière de transfert d'une partie encore importante de ses compétences dernièrement vis-à-vis des collectivités territoriales. Elles se retrouvent certes avec de nouvelles compétences, intéressantes à exploiter sur le plan local, mais elles sont un peu délaissées dans le financement par l'Etat de ces nouvelles prérogatives, qui ne sont pas compensées financièrement par le budget de l'Etat. A l'image de cette situation, on observe en droit des biens et particulièrement sur le domaine public, un recul de la personne publique (A) au profit d'une gestion plus privative des biens avec les conséquences que cela entraîne. (B)

A-Le recul du critère organique dans le droit administratif en général.

En droit administratif général, droit fortement jurisprudentiel, la recherche d'un critère unique a toujours été une préoccupation majeure. Ce critère doit permettre une lecture unifiée de la matière, une simplification de la jurisprudence et finalement, permettre un fondement solide à l'ensemble du système. Ce critère a suscité en doctrine de nombreuses querelles et de nombreuses théories, toutes plus ou moins influentes, qui ont eu des échos en jurisprudence.³⁵⁶

Or, les deux grands courants et deux grands critères qui ressortent de manière récurrente est le critère organique, dit de la personne publique, ou le critère matériel relatif à l'objet à savoir le service public.

Depuis plusieurs années, on constate dans des domaines autres que le droit administratif des biens, un recul général du critère organique. En, effet, le mouvement de recul du critère organique a d'abord touché le domaine du service public. Le rayonnement du critère organique est dû à plusieurs facteurs notamment à celui de la prédominance à cette époque de la théorie de la puissance publique élaborée par M. Hauriou. La présence d'une personne publique emporte l'application du droit administratif et donc la compétence du juge administratif. Ainsi, à cette époque, le triomphe de la personne publique, est perceptible. Dans la plupart des manuels de droit administratif, nous pouvons lire les raisons sous-entendues par les différentes thèses.³⁵⁷ Le passage de l'administration publique au service public s'opère lentement à la fin du 19^{ème} et au début du 20^{ème} siècles. C'est la naissance du droit administratif contemporain. La question principale qui se pose est de savoir si le service public doit ou non devenir le critère principal du droit administratif.

Il s'agit véritablement d'un débat politique et d'un débat d'idées. M. Hauriou est un conservateur, hostile à toute intervention inutile de l'Etat, anti socialiste. Pour lui, l'Etat ne doit intervenir dans la sphère privée que pour accomplir ses fonctions régaliennes. A l'inverse, L. Duguit défend l'idée d'un Etat providence, d'un Etat service public. Il est très influencé par les thèses d'Emile Durkheim³⁵⁸ et par celles de Léon Bourgeois. Pour lui, le but d'une société est « d'établir la solidarité sociale, et dans cette perspective, l'Etat doit jouer un rôle fondamental, un rôle qui ne saurait être réduit au seul maintien de l'ordre ».

³⁵⁶ J. Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, n°2, Avril-Juin, 1953, p. 279.

³⁵⁷ M. de Villiers, *Droit public général*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, p. 440 et s.

³⁵⁸ Les deux auteurs se côtoient à la faculté de Bordeaux.

Le critère organique a le mérite de la simplicité car il suffit de prouver la présence d'une personne publique quelconque pour que cela emporte l'application de règles et de régimes juridiques de droit public. On a pu observer ce mouvement non seulement en droit des biens publics, sur le domaine public mais aussi dans les contrats et dans les services publics. En matière de service public, on observe une prédominance du critère organique sur le critère matériel. Plus généralement à cette époque, on a aussi une conception plus large des missions de l'Etat. C'est l'idée que l'Etat providence prend en charge un certain nombre d'activités que le secteur privé ne juge pas rentable ou qui ne peuvent pas être assurés par des prestataires privés. L'Etat va assumer, au nom de la collectivité, ces activités avec ses propres moyens, ses propres agents et ses propres structures juridiques. Par conséquent, ses agents, ses missions ainsi que les biens nécessaires au fonctionnement et à la mise en place de ces nouvelles politiques ont été soumis au droit administratif en général.

Progressivement, on assiste au recul de l'Etat. A partir des années cinquante, on a pu constater que beaucoup de personnes publiques se sont détachées de leurs missions de service public pour les confier à des personnes privées sans que cela ne nuise à la gestion de ces services publics. Ces personnes privées se sont donc vues gérer ou confier certaines missions d'intérêt général sans que cela ne nuise au bon fonctionnement des services publics en général. L'Etat n'a pas complètement abandonné ces services publics ou ces agents mais il a développé d'autres moyens de contrôle et de gestion de ces services. On a alors vu des organismes privés prendre en charge certaines missions de service public³⁵⁹, des personnes privées susceptibles d'être bénéficiaires de travaux publics³⁶⁰ ou de gérer le fonctionnement d'un ouvrage public. Des contrats ont été qualifiés de contrats administratifs alors même que l'une des parties est une personne privée. Cela ne concerne que des cas limités de contrat de mandat, de transparence ou encore d'activité par « nature » publique³⁶¹. Ce qui importe à chaque fois c'est l'objet du service ou du contrat. Le critère matériel est donc décisif.

Un auteur s'est penché justement sur le constat du recul du critère organique en droit administratif.³⁶² Il explique, qu'auparavant, le critère de la puissance publique ou de l'organe

³⁵⁹ CE, Ass. 13 mai 1938, Caisse Primaire « Aide et Protection », Rec. Conseil d'Etat, p. 417.

³⁶⁰ CE, 12 avril 1957, Mimouni, Rec. Conseil d'Etat, p. 262.

³⁶¹ Voir respectivement et dans l'ordre les arrêts rendus par le Conseil d'Etat en date du 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpellieraine, Rec. Conseil d'état, p. 326 et TC 8 juillet 1963, Société entreprise Peyrot contre société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur, Rec. Conseil d'Etat, p. 787.

³⁶² P. Sabourin, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français », *RDP*, 1971, p. 589 et s.

public servait autant que le critère du service public. Mais les régimes juridiques changent en fonction de l'évolution de la société, des réalités économiques et sociales.

A l'époque où l'auteur écrit, il constate qu'un recul du critère organique est à l'œuvre depuis vingt ans car la jurisprudence y fait moins référence. Cela a bouleversé le droit administratif. Les causes sont multiples. L'Etat délègue ses tâches à des personnes privées mais celui-ci reste de tradition jacobine et impose malgré tout des contrôles. L'Etat imposera de manière indirecte des contrôles, des cadres, des autorisations par exemple.

Ce recul du critère organique est à mettre en relation avec la crise du service public. L'Etat se désengage partiellement de certaines de ses missions. Du coup, le juge administratif se trouve « pris entre deux » et doit le plus souvent adapter les textes aux réalités sociales et économiques, ce que l'Etat se refuse à faire. Pour conférer le caractère administratif à un acte, le juge administratif constate l'auteur fait de moins en moins référence au critère organique car des personnes privées peuvent prendre des actes administratifs unilatéraux ou même réglementaires.

Ces personnes privées sont habilitées à émettre de tels actes car elles poursuivent un but d'intérêt général³⁶³.

Le juge administratif va progressivement dissocier la qualité juridique de la personne de celle des actes pour déterminer leur nature. En analysant la jurisprudence, la conclusion de l'auteur est frappante : « l'analyse de la jurisprudence contemporaine conférant à l'organe privé ou de nature incertaine le droit exorbitant de prendre des décisions administratives ayant force obligatoire pour des tiers montre combien le critère organique non seulement ne sert plus de contre-épreuve au critère matériel mais est actuellement abandonné. »

Une autre étape a contribué à ce recul c'est la dissociation du statut d'établissement public et des activités exercées par l'établissement public. Le juge estime qu'il « paraît indifférent à la qualité de la personne qui gère les services publics industriels et commerciaux et se limite à la seule prise en considération de l'activité elle-même. (...). La nature de l'activité exercée n'a plus aucun rapport avec la nature de l'organe qui gère cette activité. »

Il convient, cependant, de nuancer ce constat car il n'y a pas de disparition totale du critère organique. Il y a encore des arrêts et des domaines où on applique le critère organique notamment en droit administratif des biens et particulièrement sur le domaine public.

³⁶³ TC, 15 janvier 1968, Epoux Barbier, Rec. Conseil d'Etat, p. 789 et CE, Ass. 13 mai 1938 Caisse Primaire Aide et Protection, Rec. Conseil d'Etat, p. 417.

Le recul du critère organique laisse donc place au critère matériel en général, dans des domaines autres que le droit des biens administratifs. Au sein de la catégorie des contrats administratifs ou même au sein de la catégorie de la fonction publique, on a aussi observé une évolution en faveur du critère organique. On a privilégié l'aspect matériel, soit du contrat, soit de l'activité du fonctionnaire, sur le critère organique à savoir la présence de la personne publique.

C'est une tendance générale qui affecte les grands domaines du droit administratif, qui s'est notamment répandu après les années cinquante, grâce au triomphe durant ces années des thèses du service public emmenées par L. Duguit, et aussi durant ces dernières années par un souci d'efficacité de gestion, de rentabilité et de performance publique. Les années cinquante sont un retour en force du service public. Le juge administratif intègre dans le paysage administratif français le passage de l'Etat gendarme à l'Etat Providence. Trois arrêts importants le montrent : Celui du Tribunal des conflits du 28 mars 1955, *Effimieff*³⁶⁴ en matière de travaux publics, les deux autres concernent les contrats administratifs à savoir l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 avril 1956, *Epoux Bertin et Ministre de l'Agriculture contre Consorts Grimouard*³⁶⁵ du même jour qui concernent la nature juridique du contrat liant les personnes privées à l'administration. Dans les deux cas, ce sont des contrats de droit public en raison de l'exécution d'un service public et non pas de la présence de clauses exorbitantes de droit commun. Le simple fait de participer à l'exécution au service public suffit.

La focalisation sur le critère organique fait perdre de vue le fondement de l'existence d'un domaine public, d'une fonction publique ou encore d'un contrat administratif. Le but, que doit remplir un bien pour appartenir au domaine public ou pour qu'un contrat soit considéré comme administratif, est important. Si un bien intègre le domaine public, c'est qu'il va servir un but d'utilité publique, comme la personne qui intègre la fonction publique, c'est bien parce qu'elle va participer à l'exécution de la mission de service public en jeu. Enfin, s'agissant du contrat administratif, ce n'est pas tant les parties qui nous intéressent, mais plutôt la raison pour laquelle il est conclu à savoir son objet, son but.

Ces bouleversements minimisent l'importance du critère organique : L'important est moins la qualité de la personne qui exécute le service public que la finalité de l'activité en cause, c'est l'idée de « service public par nature ».

³⁶⁴ C. Blevoet, note sous TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, *JCP G*, 1955, n°8786.

³⁶⁵ CE, 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, Rec. Conseil d'Etat, p. 167 et CE, 20 avril 1956, *Ministre de l'Agriculture contre Consorts Grimouard*, Rec. Conseil d'Etat, p. 168.

L'élément matériel devient donc un moyen important. C'est justement cet élément matériel qui retient notre attention. On observe le même mouvement, décrit auparavant pour le domaine public, même si le critère organique est encore présent. Aussi, serait-il possible d'aller plus loin en démontrant que ce critère organique pourrait être évincé de la définition même du domaine public pour ne retenir essentiellement que l'affectation du bien.

B- Le recul récent du critère organique en droit public des biens et au sein du domaine public.

Cette idée du recul déjà croissant du critère organique sur le domaine public a déjà été observé dans les développements précédents. En effet, le critère matériel à savoir l'affectation du bien à l'utilité publique, est mis en avant, tant par la jurisprudence et la doctrine. Le législateur joue également un grand rôle, orienté par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Un regain d'intérêt pour les biens affectés et plus généralement pour le domaine public se ressent dans l'activité législative et la jurisprudence constitutionnelle.

Nous avons constaté qu'après sa mise en avant dans la définition du domaine public, le critère de l'affectation était devenu incontournable pour la définition du domaine public. De plus, l'affectation est aujourd'hui reconnue comme un critère autonome du critère organique à savoir la propriété publique.

Certes, il n'y a pas de disparition radicale du critère organique car un bien doit toujours appartenir à une personne publique pour être intégré au domaine public. Le CGPPP opte toujours pour une vision propriétaire du droit des biens administratif. Cependant, il semble que le critère matériel, pour le domaine public, prenne de l'importance. Il préoccupe davantage le législateur et le juge constitutionnel. Préserver la propriété publique à tout prix semble moins important aux yeux du législateur et même du Conseil constitutionnel que de préserver l'affectation du bien au service public.

Le législateur, les collectivités territoriales et les établissements publics se débarrassent d'un certain nombre de biens immeubles. Ces biens, une fois déclassés, vont rejoindre le patrimoine de personnes privées. Or, certains de ces biens vont continuer d'être affectés à une utilité publique. Le critère matériel qui caractérisait les biens appartenant au domaine public

est donc toujours présent. Or, le Conseil Constitutionnel et le législateur ont mis au point d'autres méthodes tendant à la préservation de cette affectation pour pouvoir toujours avoir un contrôle sur elle, capitale pour le bon fonctionnement des services publics ou de la sécurité comme pour certains biens d'Aéroport de Paris. Ces techniques existent et feront l'objet de nos développements ultérieurs³⁶⁶.

L'avantage de la mise en avant du critère matériel permet alors de s'intéresser à l'activité concernée, au but que cherche à atteindre la personne publique ou privée. Dans le cas de l'affectation des biens, la personne cherche à satisfaire une utilité publique. Par conséquent, peu importe qui cherche à atteindre cet objectif à partir du moment où le respect de cette finalité est exercé. La mise en avant du critère matériel dans la théorie générale du domaine public, sans totalement perdre de vue le critère organique qui joue encore son rôle, permettrait de s'attacher davantage aux missions dont sont investies les personnes ou les autorités sans pour autant alourdir passer systématiquement par la présence d'une personne publique.

Le législateur semble prendre cette direction depuis plus de dix ans. Pourtant, la détermination du domaine public, sa définition et même sa consistance, a d'abord été faite par la pratique, la doctrine et la jurisprudence³⁶⁷. Pendant très longtemps, le législateur a longtemps ignoré la définition du domaine public. On a certes eu quelques textes importants comme des Lois Fondamentales du Royaume, l'Edit de Moulins de 1566. Le Code Civil s'est intéressé partiellement au domaine public³⁶⁸. En 1957, le Code du domaine de l'Etat a partiellement codifié des dispositions concernant le domaine public de L'Etat. L'ensemble ne formait pas un ensemble homogène. Ce Code ne concernait que les dépendances du domaine de l'Etat. Il n'y avait donc rien concernant le patrimoine des collectivités territoriales³⁶⁹ et encore moins s'agissant des établissements publics. De plus, les dispositions de ce code étaient hétérogènes, sans aucune mise à jour des différents textes, concernant le domaine public, les droits réels administratifs par exemple.

C'est majoritairement la jurisprudence, à la fois administrative et judiciaire, qui a contribué à définir le domaine public et son régime juridique. En effet, en l'absence de dispositions législatives, et *a fortiori* de définition précise de la composition du domaine public, le juge administratif et le juge judiciaire ont dû régler les litiges opposants des particuliers à des

³⁶⁶ Voir dans la partie II les développements sur ces contrôles mis en place par le législateur et le Conseil Constitutionnel.

³⁶⁷ Voir sur ce sujet les développements qui précèdent.

³⁶⁸ Voir les articles 538 à 541 du Code Civil.

³⁶⁹ Quelques dispositions dans le Code Général des Collectivités Territoriales.

problèmes de propriété avec les personnes publiques. Le juge a dû se substituer au législateur en l'absence de dispositions claires. Il a ainsi établi les critères permettant de reconnaître à partir de quand un bien entre dans le domaine public et construit la définition des biens immobiliers et mêmes mobiliers faisant partie du domaine public. Le législateur n'est intervenu dans ce domaine que de manière très éparse.

L'intérêt du législateur pour cette question n'est finalement pas très ancien et elle est due à une large partie de la doctrine qui a dénoncé la « politique jurisprudentielle » établie jusque là à savoir un domaine public beaucoup trop étendu³⁷⁰. En doctrine germait l'idée d'une réforme de ce domaine public. Beaucoup de propositions ont été faites³⁷¹ mais il a fallu attendre 2006, pour que le CGPPP se préoccupe sérieusement du patrimoine des personnes publiques.

Ce mouvement de détachement du législateur vis-à-vis du patrimoine de l'Etat change depuis un certain nombre d'années. La naissance d'un code a demandé énormément de temps du fait de la réforme à droit non constant. Ce n'est qu'en 2003 que le gouvernement a, par une loi d'habilitation, demandé au législateur d'intervenir dans ce domaine³⁷². Le CGPPP apparaît et le législateur semble se réapproprier la question de la définition et de la consistance du domaine public. Il y a de multiples raisons à ce retour en force du législateur et à ce regain d'intérêt pour les dépendances domaniales. L'aspect purement financier est à prendre en considération lancé par la réforme de l'Etat et la valorisation du patrimoine des personnes publiques. Le législateur veut se séparer d'un certain nombre de biens devenus trop coûteux dans le budget de l'Etat³⁷³. D'autres motivations comme la réduction de consistance du domaine public mais aussi le souci d'une simplification de la gestion des biens publics, ont contribué à l'élaboration du CGPPP qui certes, présente un aspect propriétaire des dépendances domaniales, mais qui se concentre énormément sur l'affectation du bien. La présence effective de cette affectation dans le Code est due en partie à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, qui depuis le début de ce mouvement législatif, ne cesse de répéter l'importance de la protection des missions de service public et donc de l'affectation du bien

³⁷⁰ Voir sur ce point les développements précédents concernant le phénomène de l'hypertrophie du domaine public.

³⁷¹ Voir notamment sur la question : Y. Gaudemet et L. Deruy, « Les travaux de la législation privée. Le rapport de l'Institut de la gestion déléguée », *LPA*, n°147, 23 juillet 2004, p. 9 ; M-A. Latournerie, « Pour un nouveau concept du domaine public », *CJEG*, n°617, février 2005, p. 47 ; J. Morand-Deville, « La crise du domaine public ; à la recherche d'une institution perdue », *Le Droit administratif, permanences et convergences*, Mélanges en l'honneur de J-F. Lachaume, Dalloz, 2007, p. 737 et s ; M. Querrien, « La nouvelle gestion du domaine public immobilier de l'Etat », *RFAP*, n°76, octobre-décembre 1995, p. 675.

³⁷² Voir pour de plus amples détails sur cette loi, les développements au sein de la Partie II.

³⁷³ Voir les développements concernant la valorisation des dépendances domaniales dans le titre II de la partie II.

plutôt que de la propriété publique. C'est la continuité du service public qui est directement en jeu pour le Conseil Constitutionnel.³⁷⁴

Il apparaît dans le CGPPP que le critère de l'affectation est mis en avant de façon évidente. C'est une notion clef du code, guidant majoritairement l'ensemble des dispositions nouvelles. Il met en avant le critère de l'affectation même s'il a une approche fortement fondée sur la propriété publique, élément toujours capital et primordial pour qu'un bien puisse incorporer le domaine public. On peut se référer aux articles L. 1 et L. 2 du CGPPP et article L. 2111-1 du CGPPP.³⁷⁵ Il n'est aujourd'hui pas possible en France qu'une personne privée soit propriétaire d'un domaine public. C'est une jurisprudence constante que le législateur vient de confirmer et n'a semble-t-il pas l'intention de la modifier.

P. Delvolvé³⁷⁶ considère pourtant que le critère de l'affectation reste un critère déterminant au sein du droit administratif des biens. Il montre et, on verra cette problématique en seconde partie, que le régime s'appliquant aux biens affectés est plus important que la propriété. Pour lui, c'est une sorte de « triomphe » de l'affectation même si l'on demeure dans un code qui impose toujours la condition de la propriété publique pour faire partie du domaine public. C'est là que réside tout le paradoxe. On ne franchit pas un énorme pas avec le CGPPP mais il y a une volonté affichée de tout faire pour mettre en avant l'affectation et sa protection.

³⁷⁴ E. Fatôme, note sous CC, 26 juin 2003, n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1404 et s : voir les exigences constitutionnelles relatives aux biens affectés dans la Partie II ; E. Fatôme et L. Richer, note sous CC, 26 juin 2003, n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *RFDC*, n°56, octobre 2003, p. 772 et s ; J-E. Schoettl, note sous CC, 26 juin 2003, décision n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1391 et s.

³⁷⁵ L'article L. 1 du CGPPP énonce : « 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 » et l'article L. 2 énonce : « Le présent code s'applique également aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant aux autres personnes publiques dans les conditions fixées par les textes qui les régissent. »

L'article L. 2111-1 du CGPPP énonce : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

³⁷⁶ P. Delvolvé, « La nouvelle définition du domaine public. », *RFDA*, n°5, septembre-octobre 2006, p. 899 et s.

Après ces larges développements, nous pouvons qu'admettre que la notion d'affectation, en tant que critère, est incontournable. Ce constat provient de multiples raisons notamment celles de son importance au sein de la définition du domaine public et du droit administratif des biens en général.

Cette notion d'affectation à l'utilité publique attire notre curiosité. Nous l'avons démontré, elle est une notion finaliste, matérielle et participe à la renaissance du critère matériel en droit administratif général. Ce critère, trop longtemps dominé par le critère organique, a caché ses richesses et son potentiel. En effet, l'affectation du bien à l'utilité publique permet de concentrer tous les efforts sur ce qui est fondamental, particulièrement au sein de la théorie générale du domaine public, à savoir la satisfaction de l'intérêt général et le besoin de répondre aux différents services publics.

Ce retour du critère matériel de l'affectation du bien au sein du domaine public, permet de se recentrer l'essentiel à savoir satisfaire les besoins publics. Cette affectation, libérée en partie du critère organique, permettra ainsi de résoudre des nouveaux défis actuels du domaine public comme la réduction de sa consistance ou sa valorisation.

Cette relative indifférence du propriétaire est intéressante. La mise en avant du critère matériel, la « redécouverte du critère de l'affectation » n'est pas un pur hasard et entre dans un vaste mouvement de changement au sein de l'Etat et plus particulièrement au sein du droit administratif des biens. En doctrine, on s'est beaucoup interrogé et focalisé sur le premier critère d'indentification d'un bien appartenant au domaine public à savoir le critère de la propriété. Après s'être questionné sur son éventualité et sa possibilité pour le patrimoine de personne publique, on s'est aussi arrêté sur la nature juridique de ce droit de propriété sur le domaine public et enfin sur son régime juridique. Ce critère organique occupait tous les esprits. Une confusion importante en doctrine a été faite entre la propriété publique et le régime juridique s'appliquant aux biens publics affectés à savoir la domanialité publique. On a « noyé » la question de l'affectation du bien et de son régime juridique dans la problématique plus vaste de la propriété publique.

Depuis déjà un peu plus de dix ans, la question de l'affectation du bien et de son régime juridique ressort. On tâche aujourd'hui de dissocier les notions de propriété publique et d'affectation. C'est justement ce qu'il faut arriver à comprendre et à démontrer. L'enjeu est

capital car il s'agit de soutenir que si les deux notions sont indépendantes, l'une peut alors exister sans l'autre.

Titre II : La notion d'affectation : un acte volontaire ou involontaire.

Il s'agira ici de mettre en évidence la nature et l'impact de la notion d'affectation. Il faut s'attacher davantage au pouvoir d'affectation, reconnu aux personnes publiques. Après avoir explicité la notion d'affectation, son sens précis et son rôle de critère central dans la définition du domaine public, il faut désormais étudier son rôle dans la gestion du domaine public et son poids face au droit de propriété. En effet, si l'on a vu que la condition de la propriété publique était toujours indispensable pour qu'un bien puisse appartenir au domaine public, il n'en demeure pas moins que le pouvoir d'affectation est fondamental et indépendant de la propriété publique.

Le but ultime de la démonstration est de montrer à quel point l'amalgame entre le droit de propriété et l'affectation a contribué à privilégier la vision propriétaire du domaine public. En effet, en droit des biens on considère le propriétaire et l'affectataire du domaine comme des personnes indissociables. La propriété des dépendances domaniales est, en conséquence, exigée pour pouvoir affecter une dépendance (chapitre 1), sauf en cas de mutations domaniales (chapitre 2). Pourtant, le but est de prouver ici que cela ne devrait pas être le cas.

Chapitre I : L'affectation : un acte de gestion domaniale volontaire.

Dans la gestion normale et volontaire de leurs domaines publics, les personnes publiques sont non seulement propriétaires de leurs biens mais également libres de décider de leur affectation à l'utilité publique. Le pouvoir d'affectation est généralement rattaché au pouvoir du propriétaire et ils fonctionnent souvent de pair, notamment quand la personne publique en question gère de manière totalement libre son patrimoine. (Section I)

Cependant, il faudra nuancer cette vision trop simpliste de la gestion du domaine public, en prenant en considération que ces deux notions, à savoir la propriété et le pouvoir d'affectation sont distinctes, même lorsqu'il s'agit ici de ne considérer que la gestion volontaire des biens publics. (Section II)

Section I : Le pouvoir d'affectation : un pouvoir rattaché en principe au propriétaire du bien.

A l'image du droit de propriété en droit privé, lorsqu'une personne est propriétaire d'un bien, elle est totalement libre de faire ce qu'elle désire avec ce dernier. Elle dispose de *l'usus*, de *l'abusus* et du *fructus*. En droit administratif, les personnes publiques possèdent également un droit de propriété sur leurs biens, tant sur leur domaine privé que sur leur domaine public. Mais, sur le domaine public leur liberté n'est pas aussi grande que celle des personnes privées. Il est très fréquent que ces personnes propriétaires disposent de *l'usus* de leur dépendance et du *fructus* mais elles ne peuvent exercer *l'abusus* car par principe, le domaine public est régi par la règle d'inaliénabilité des biens appartenant au domaine public. Par conséquent, leur liberté n'est pas inconditionnelle. (§1)

Cependant, il est fréquent que la personne publique propriétaire du bien sur le domaine public soit également en charge de l'affectation de la dépendance domaniale et qu'elle décide ainsi de sa destination. Très souvent, ces deux prérogatives, de propriété et d'affectation, sont détenues par la même personne, à savoir, le propriétaire du bien en question. (§2)

§1- L'affectation : un attribut de principe de la propriété administrative.

On se trouve ici en présence d'une personne publique, titulaire du droit de propriété et, par conséquent, également titulaire du pouvoir d'affectation sur les biens appartenant à son domaine public et privé. Précisons ici encore qu'il ne s'agit pas pour le moment d'étudier les cas où le pouvoir d'affectation est exercé de façon autoritaire mais dans lesquels il est exercé de façon volontaire. Il ne s'agit pas non plus de revenir sur le problème de la nature du droit exercé par les personnes publiques sur leur domaine public. Le traitement de cette question dans nos précédents développements a montré qu'aujourd'hui les personnes publiques exercent sur leurs domaines, un droit de propriété de la même nature que le droit de propriété privée énoncé dans le Code Civil. (A)

Il s'agit ici de souligner ce qu'implique désormais le droit de propriété pour les personnes publiques, ce qu'il recouvre véritablement ainsi que son rapport avec le pouvoir d'affectation.
(B)

**A-Le droit de propriété et le pouvoir d'affectation :
deux notions étroitement liées.**

Selon G. Cornu, le droit de propriété se définit de la manière suivante : « employé seul, désigne la propriété privée et la pleine propriété, type le plus achevé de droit réel : droit d'user, jouir et disposer d'une chose de manière exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi (article 544 du Code Civil). Si l'on se réfère à la définition de la pleine propriété, il est indiqué que « par opposition à la nue propriété et à tous autres démembrements, propriété constituée de l'ensemble de ses attributs qui confère à son titulaire la plénitude de l'utilité de la chose appropriée. »³⁷⁷

Le droit de propriété détenu par les personnes privées est donc entier. Il comporte le pouvoir de faire ce que l'on veut avec le bien en question. Pour les personnes publiques, il est désormais acquis que le droit de propriété qu'elles possèdent est de même nature que celui des personnes privées. Le Conseil d'Etat a lui aussi reconnu dans un arrêt du 17 janvier 1923, Piccioli³⁷⁸, un véritable droit de propriété exercé sur le domaine par les personnes publiques. Par conséquent, les personnes publiques sur leur domaine public et *a fortiori* sur leur domaine privé, bénéficient du droit d'user et de jouir de leur domaine. Concernant le domaine privé, elles ont la faculté d'abuser de la chose car elles peuvent vendre leurs dépendances. Cela n'est, en revanche, pas possible sur le domaine public qui reste, sauf dérogations législatives, inaliénable.

Ainsi, les personnes publiques propriétaires de biens appartenant à leurs domaines publics peuvent non seulement exercer les prérogatives d'un propriétaire normal mais aussi user

³⁷⁷ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, n°09, 2011 : entrée droit de propriété.

³⁷⁸ CE, 17 janvier 1923, Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie contre société Piccioli frères, S. 1925, III, p. 17.

librement de ce bien. Replacé dans le contexte du droit administratif des biens, cela veut dire que les personnes propriétaires de leurs domaines publics peuvent affecter librement leurs biens immobiliers à l'usage direct du public ou au besoin d'un service public. En effet, cette liberté est relative mais elle est réelle. Si les propriétaires publics peuvent, sur leurs domaines publics, user assez librement de leur chose, ils seront tout de même limités. En effet, et sauf exception, le fait d'abuser de leur chose leur est impossible car le domaine public reste inaliénable. Toutes les ventes sont par voie de conséquence interdites³⁷⁹.

Les personnes publiques propriétaires restent libres de choisir cette affectation ce qui leur offre de nombreuses possibilités mais cette liberté reste encadrée notamment si l'on compare celle-ci au pouvoir d'un propriétaire de droit privé qui, en principe, dispose du pouvoir de tout faire avec son bien, qu'il soit meuble ou immeuble³⁸⁰.

Le droit de propriété des personnes publiques classiques et donc le droit de disposer d'un domaine public, a été reconnu en premier à l'Etat. Puis, progressivement, les collectivités territoriales³⁸¹ ont été, elle aussi, reconnues aussi propriétaires de domaines publics et privés. Enfin, plus tardivement, les établissements publics ont été reconnus propriétaires de tels domaines.³⁸² Il en va de même pour les établissements publics industriels et commerciaux à condition qu'aucune disposition ne s'y oppose. Le Conseil d'Etat a reconnu cette possibilité dans son célèbre arrêt du 23 octobre 1998, Electricité de France.³⁸³

Le cas des personnes publiques *sui generis* est plus complexe. En effet, leurs propriétés sont soumises aux dispositions du Code « dans les conditions fixées par les textes qui les régissent. »³⁸⁴ Or, certains de ces textes assimilent ces personnes à des établissements publics et dans ce cas le Code s'applique. C'est le cas notamment de l'Autorité des Marchés

³⁷⁹ Ce principe est aujourd'hui rappelé par le nouveau code à l'article L. 3111-1 du CGPPP qui énonce que : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles. ». Ce principe a depuis longtemps été dégagé par la jurisprudence administrative et judiciaire ; voir notamment C. Cassation 1^{ère} civ, 2 avril 1963, Montagne, *AJDA*, 1963, p. 486, note Dufau.

³⁸⁰ Il faut entendre par personnes publiques, les personnes publiques dites classiques à savoir l'Etat, les Collectivités Territoriales et les établissements publics qui sont visées à l'article L. 1 du CGPPP qui énonce que : « 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 ».

Les personnes publiques concernées par ce droit de propriété sont aussi les personnes *sui generis* visées à l'article L. 2 du CGPPP qui énonce que : « le présent code s'applique également aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant aux autres personnes publiques dans les conditions fixées par les textes qui les régissent. »

³⁸¹ A savoir les communes, les départements et les régions.

³⁸² CE, 21 mars 1984, Mansuy ; note de P. Sablière, *CJEG*, 1984, p. 258.

³⁸³ CE, Assemblée, 23 octobre 1998, EDF, *CJEG*, 1998, p. 490, conclusions de J. Arrighi de Casanova, note Delpirou.

³⁸⁴ Cf. *supra* note n°380 où l'article L. 2 du CGPPP est cité.

Financier³⁸⁵ ou de la Banque de France³⁸⁶. En ce qui concerne les autres personnes publiques *sui generis* pour lesquelles rien n'est précisé, il a été convenu que les dispositions du code s'appliquent par principe à ces personnes publiques qui sont propriétaires d'un domaine public sauf si des textes spéciaux prévoient le contraire.³⁸⁷

Finalement, le nombre de personnes publiques propriétaires d'un domaine public est conséquent. Ainsi, toutes ces personnes vont disposer de véritables prérogatives liées à la propriété exception faite de celle d'aliéner leurs dépendances. Ces personnes publiques vont exercer leur droit de propriété ce qui implique donc une liberté dans leur pouvoir d'affectation. En effet, rappelons le ici, nous sommes dans le cas de figure où ce pouvoir d'affectation de la personne publique est entièrement libre et non dicté par une personne extérieure ou différente du propriétaire.

Cette propriété³⁸⁸ doit être exclusive. Cela signifie que la personne publique en question doit être l'unique propriétaire de ses dépendances et qu'aucune forme de démembrement de la propriété n'est tolérée. Il est alors interdit à la personne publique de posséder une dépendance en copropriété. En effet, la loi du 10 juillet 1965 relative à la copropriété exclut la domanialité publique³⁸⁹. En outre, par un arrêt du 11 février 1994, Compagnie d'assurance La Préservatrice foncière³⁹⁰, le Conseil d'Etat a confirmé cette exclusion. La jurisprudence administrative est constante en la matière et elle est aussi suivie par la jurisprudence judiciaire.³⁹¹ Précisons que cela n'exclut pas la possibilité d'une éventuelle possession de la dépendance par la personne publique. Néanmoins, si tel est le cas, la dépendance ne pourra appartenir qu'à son domaine privé.

A l'image de l'interdiction de la copropriété, la propriété publique exclut l'indivision, sauf sur le domaine privé des personnes publiques.³⁹² Les biens du domaine public ne peuvent pas être l'objet d'une indivision. En revanche, cette possibilité est offerte aux biens privés. On peut

³⁸⁵ Voir l'article 3-IX, 2° du code monétaire et financier, article L. 621-5-2-II.

³⁸⁶ Voir l'article L. 144-2-1 du Code monétaire et financier.

³⁸⁷ Cf. *supra* note n°380.

³⁸⁸ Cette condition est exigée par le CGPPP et avant même l'existence de celui-ci par les critères jurisprudentiels.

³⁸⁹ Loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles, n°65-557, *JO* du 11 juillet 1965, p. 5950.

³⁹⁰ J. Dufau, note sous CE, 11 février 1994, *AJDA*, 1994, p. 548.

³⁹¹ C. Cassation, 1^{ère} civ, 25 février 2009, X contre Commune Sospel, *AJDA*, 2009, p. 1214.

³⁹² L'indivision est selon le dictionnaire de vocabulaire juridique : « une situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose (immeuble acquis en commun) ou d'un ensemble de choses entre ceux qui ont sur cette chose ou cet ensemble un droit de même nature (propriété, nue-propriété ou usufruit), chacun pour une quote-part égale (égale ou inégale), aucun n'ayant de droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout » G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, édition n°9, 2011 : entrée indivision.

citer dans ce sens un récent arrêt du Conseil d'Etat du 11 juin 1999, Commune Saint-Michel³⁹³.

Enfin, la mitoyenneté ne peut s'appliquer aux biens du domaine public³⁹⁴. Dans un arrêt Franco du 18 décembre 2006, la Cour d'Appel Administrative de Marseille³⁹⁵ a rappelé cette exclusion.

Après avoir examiné ce que recouvre le droit de propriété des personnes publiques, on peut en déduire, qu'en principe, tous les actes d'incorporation³⁹⁶ d'un bien au sein du domaine public sont pris par le propriétaire public du bien concerné, que le bien soit affecté à l'usage direct du public ou à un service public. En ce sens, l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 octobre 1987 est très explicite³⁹⁷. Le pouvoir d'affecter les dépendances relève traditionnellement des décisions de la personne publique propriétaire du bien. Des arrêts bien antérieurs à celui rendu en 1987 par le Conseil d'Etat le prouvent.³⁹⁸

On reconnaît là une mise en œuvre tout à fait logique des prérogatives issues du droit de propriété, énoncées précédemment. La collectivité publique affectataire est titulaire de ce droit de propriété. Un arrêt ancien du Conseil d'Etat montre cet état de fait.³⁹⁹

La récente adoption du CGPPP a mis en avant le droit de propriété. En effet, en s'intéressant à l'aspect formel du code, on observe que la présentation retenue est similaire à celle du Code civil lorsqu'il traite de la question de la propriété. Le plan du Code est construit autour de la notion de propriété. La première partie du Code traite de la question de l'acquisition des biens par les personnes publiques propriétaires c'est-à-dire des modes d'acquisition puis des procédures d'acquisition. La deuxième partie du Code traite, après l'acquisition des biens, de la gestion de ces derniers. La troisième partie aborde la question de la cession des biens.

³⁹³ CE, 11 juin 1999, Commune Saint-Michel, *Gazette du Palais*, 9-10 février 2000, p. 14.

³⁹⁴ Cette dernière se définit comme étant « la copropriété des clôtures (murs, haies, fossés) qui, constituant, pour les copropriétaires voisins un ensemble de droits et de charges, est soumise à un régime spécial pour son acquisition, sa preuve etc. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, édition n°9, 2011 : entrée mitoyenneté.

³⁹⁵ CAA de Marseille, 18 décembre 2006, Franco, *JCP A* 2007, n°23, p. 12, Chron. Deliancourt.

³⁹⁶ Les actes d'incorporations sont par exemple les actes de classement ou l'acte d'affectation.

³⁹⁷ CE, 30 octobre 1987, Commune de Levallois-Perret, conclusion Hubac, *AJDA*, 1988, p. 43.

³⁹⁸ CE, 16 février 1912, Commune d'Espelette, Rec. Conseil d'Etat p. 224 ; CE, 19 mars 1965, Société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage, Rec. Conseil d'Etat, p. 184.

³⁹⁹ Il s'agit d'un arrêt du 23 juillet 1974, Commune de Saint-Gaudens, Rec. Conseil d'Etat, p. 62, dans lequel le Conseil d'Etat affirme simplement et sans ambiguïté que la commune en question a exercé ses prérogatives « en sa qualité de propriétaire du domaine public ». En l'espèce, la commune en question enjoignait au concessionnaire de déplacer une canalisation.

Les autres parties traitant pour leur part, des dispositions particulières notamment celles relatives aux collectivités territoriales d'outre-mer.

Pour résumer, le Code traite des biens composant le patrimoine des personnes publiques de la naissance jusqu'à la mort de ceux-ci.

Le code voulait bien mettre en avant l'idée que les personnes publiques disposent des attributs attachés au droit de propriété. Il faudra cependant nuancer cette vision par la suite. Mais, à ce stade des développements, il est incontestable que les personnes publiques ont une vocation naturelle à exercer, sur leurs biens, les prérogatives d'un propriétaire et notamment s de pouvoir utiliser ou affecter le bien. Cette idée est notamment soulignée par R. Noguellou dans son article relatif aux rapports domaniaux entre les personnes publiques.⁴⁰⁰

Selon C. Laviaille⁴⁰¹, s'il est vrai que le droit de propriété des personnes publiques est une modalité un peu particulière du droit de propriété du Code Civil, il n'en reste pas moins que la personne publique « demeure en effet maîtresse de l'affectation, elle peut donc désaffecter et aussi reprendre la maîtrise de son bien. L'affectation est une contrainte auto-imposée qui peut être remise en cause par le propriétaire en suivant les procédures prévues à cet effet. » Ce constat est vrai mais il faudra nuancer ce propos. On verra d'ailleurs qu'il est préférable de parler de propriété administrative plutôt de propriété privée lorsque l'on fait référence au droit de propriété qui s'exerce sur le domaine public. On verra que le droit de propriété sur le domaine public présente des particularités notables qui le différencie du droit de propriété privée « classique ». En effet, il est trop simpliste de considérer que le droit de propriété des personnes publiques est de même nature que le droit de propriété privée. La propriété publique est une propriété altruiste, au service de l'intérêt général. Les personnes publiques n'ont pas d'intérêts propres puisqu'elles servent les administrés et l'intérêt général. Il faut bien comprendre qu'il n'y a pas de dimension individualiste chez les personnes publiques mais ce droit de propriété reste un droit protégé par le juge judiciaire. Le fait que le droit de propriété des personnes publiques se distingue légèrement provient de l'originalité de son titulaire. La spécificité du droit de propriété est d'ailleurs consacrée dans le CGPPP dans la mesure où ce dernier ne correspond pas au droit de jouir et de disposer des choses de la

⁴⁰⁰ R. Noguellou, « Les rapports domaniaux entre personnes publiques », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 957.

⁴⁰¹ C. Laviaille, « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G*, Tome 1, 1994, n° 3766, p. 259 ; Voir pour les développements sur la nature du droit de propriété des personnes publiques étudiée dans ce paragraphe, le manuel de N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, Lexisnexis, 2011, p. 14 et s et p. 56 et s.

manière la plus absolue. C'est en cela que le droit de propriété des personnes publiques se différencie de celui des personnes privées.

Comme nous l'avons souligné auparavant, l'affectation d'un bien est un acte de volonté, une décision qui appartient à une autorité. Celle-ci peut soit décider seule, soit partager la décision avec une autre autorité. Il s'agit souvent d'une prérogative du propriétaire qu'il exerce sur le bien. Il a été montré que cette affectation est très souvent décidée par les personnes publiques propriétaires de leurs biens mais pas seulement, ce qui prouve alors que l'affectation peut se détacher de la personne. L'affectation se dissocie de celui qui en décide. Cette nuance fondamentale va être développée ultérieurement. En effet, considérer que l'affectation peut s'épanouir en dehors du cadre de la propriété alimente notre démonstration générale qui consiste à mettre en évidence le fait que l'affectation est au cœur du droit des biens publics.

Pour prouver cette idée fondamentale, il est nécessaire de porter notre attention sur la conception qu'ont certains pays européens des biens publics et du droit de propriété.

B-Le droit de propriété et le pouvoir d'affectation : une vision purement française du droit des biens publics.

A la lumière de nos précédents développements, il sera aisé de voir que la conception française du droit de propriété sur les biens publics se différencie de la conception qu'auront d'autres pays comme l'Allemagne et la Grande Bretagne. On verra que les différences sont importantes. Ces conceptions étrangères laissent plus de place à l'affectation, bien que le mouvement qui s'amorce en France puisse se conclure par une mise en avant du critère de l'affectation.

L'enjeu ultime est de voir qu'en France, contrairement aux autres pays, le titulaire du pouvoir d'affectation est très généralement le propriétaire. En France, la conception propriétaire est fortement ancrée. Le droit de propriété offre de nombreuses possibilités aux personnes publiques comme celle de posséder un domaine public. Sans cela, il est impossible qu'un bien fasse partie du domaine public d'une personne publique et qu'il bénéficie de la protection

offerte par la domanialité publique. L'appartenance à une personne publique est une condition, certes, insuffisante mais néanmoins impérative.

En outre, nous pouvons rappeler simplement ce qui a été dit dans le titre précédent: la distinction entre les domaines public et privé est présente dans d'autres pays tels que l'Italie ou l'Espagne. La situation est différente en Allemagne. L'absence d'un droit de propriété spécifique aux personnes publiques, le fait que l'affectation des biens à l'utilité publique et le régime de protection qui en découle ne soient pas propres aux propriétés publiques, rend la situation particulière. Par ailleurs, la notion de domaine privé d'une personne publique, opposée à son domaine public, est également ignorée des pays du *Common Law*.⁴⁰²

Il n'y a qu'en France, que le droit de propriété des personnes publiques a mis si longtemps à être reconnu. En effet, en raison de cette distinction entre le domaine privé et le domaine public des personnes publiques, il a fallu adapter le droit de propriété classique au domaine public. Mais paradoxalement, la qualité de personne propriétaire public est désormais indispensable pour posséder des biens publics ce qui n'est pas le cas à l'étranger.

En France, pour avoir la compétence d'affecter, il faut absolument être propriétaire du bien en question. Dans les pays susmentionnés, notamment l'Allemagne, ce n'est pas obligatoire d'être propriétaire du bien public, le propriétaire pouvant également être une personne privée. Cependant, le propriétaire doit consentir à l'affectation.

Si l'on poursuit la comparaison des régimes juridiques des biens publics, on s'aperçoit qu'il existe en droit allemand une dissociation possible entre la personne propriétaire du bien et la personne affectataire. En droit allemand, le régime de protection des biens vise essentiellement à protéger l'affectation en tant que telle, indépendamment de la qualité du propriétaire. En France, le régime juridique qui s'applique au domaine public, dominé par le principe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, empêche toute possession privée des biens du domaine public. C'est l'affectation qui demeure, ce que nous expliquerons en seconde partie, lors de l'étude du régime juridique des biens publics. Cette comparaison avec le droit allemand est notamment expliquée par J-P. Brouant et A. Novak.⁴⁰³ Ces auteurs expliquent que les biens publics allemands sont, en réalité, tout simplement soumis à un droit de

⁴⁰² M.A. Latournerie, « Pour un nouveau concept du domaine public », *CJEG*, n°617, février 2005, p. 47.

⁴⁰³ J-P. Brouant et A. Novak, « Les propriétés publiques immobilières en droit français et allemand », *RA*, 46^{ème} année, juillet-août 1993, p. 370 ; C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés, Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Nouvelles bibliothèque des thèses, Dalloz, 2004, NBT, vol. 33, p. 165 et S. Voir aussi Cf. *supra* note n°402.

propriété privée, ce dernier étant, en fait, grevé d'une servitude d'utilité publique. Le droit de propriété allemand reconnu par la Cour Constitutionnelle Fédérale est un droit de propriété à vocation sociale. Les auteurs fondent leur raisonnement sur l'article 14 de Loi Fondamentale allemande⁴⁰⁴. Le propriétaire, qu'il soit public ou privé, peut donc être concerné par des biens publics. Le droit positif allemand diffère sur ce point du droit français. Certains auteurs, nous l'avons vu ont pourtant prêché pour l'application d'un régime à l'allemande. Ce sont notamment les thèses défendues par G. Maroger⁴⁰⁵ et R. Capitant.

Le droit positif français fait quant à lui peser sur l'ensemble du droit de propriété détenu par les personnes publiques, le régime exorbitant qu'il applique aux biens publics et au domaine privé. Dans notre pays, l'affectation est complètement confondue avec le droit de propriété. L'assimilation est presque totale. Les deux notions sont étroitement liées.

En France, le droit de propriété précède le pouvoir d'affecter. Même s'il existe des exceptions, cela reste le principe, alors qu'en Allemagne, la situation est différente. En droit allemand, la décision et le pouvoir d'affecter, ne sont pas automatiquement liés au droit de propriété. La différence fondamentale vient du fait que le propriétaire peut être une personne privée. Le propriétaire privé devra souvent, il est vrai, autoriser l'affectation ou à tout le moins ne rien faire pour l'empêcher mais ce n'est pas forcément lui qui va procéder à cette affectation.

Cette conception du droit de propriété sur les choses publiques n'est pas la même en France qu'en Allemagne. Elle a des conséquences sur le régime juridique applicable aux biens publics. Même si la question du régime juridique applicable aux biens publics sera l'objet de la seconde partie de la thèse, on peut d'ores et déjà dire, que le droit positif français à travers les lois ou la jurisprudence, considère que la seule protection valable des biens publics est l'appropriation publique. Seule une propriété pleine et entière des biens, illustrée par le droit de propriété des personnes publiques sur leur bien est capable d'assurer une protection efficace de l'affectation des biens à l'utilité publique. Toute possession privée des biens publics est inenvisageable.

⁴⁰⁴ L'article 14 de la Loi Fondamentale énonce : « La propriété oblige. Son usage doit en même temps contribuer au bien commun. »

⁴⁰⁵ G. Maroger, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préface R. Capitant, Sirey, 1942.

En Allemagne, la situation juridique est différente car seule l'affectation compte, peu importe le propriétaire en question. Les biens publics allemands sont, certes, grevés d'une affectation à l'utilité publique et par conséquent, des restrictions dans leur exercice s'imposent, mais ces biens susceptibles d'appartenir à des personnes privées, sont aliénables et prescriptibles. On peut aussi préciser qu'en Allemagne, ce droit de propriété sur les biens publics peut faire l'objet d'un démembrement, ce qui est impossible en France.

Les différences notables entre ces deux pays constituent la preuve que le droit positif français a une conception assez particulière du droit de propriété qui entraîne aujourd'hui des difficultés.

Un auteur a expliqué les différences fondamentales entre les pays et ainsi dégagé quatre théories qui sont représentatives des différents systèmes du droit moderne.⁴⁰⁶ La première théorie concerne le droit anglais et également le droit russe. Dans ces pays, « le droit sur la chose elle-même à un caractère purement privé, c'est la propriété du droit civil. Ce dernier droit peut appartenir à l'Etat et aux personnes privées. » A la différence du droit positif français, on ne fait aucune distinction entre le droit de propriété des personnes publiques et celui des personnes privées.

La seconde théorie explique davantage l'influence du droit romain avec pour illustration le droit allemand. Selon N. Karadge Iskrow, la notion de chose publique comprend deux caractères : « 1. l'usage public (c'est-à-dire la destination spéciale de la chose au but public- l'usage de tous ou un service public), 2. Le droit de propriété de l'Etat ou d'une autre personne publique sur la chose elle-même. Ce droit de propriété est la propriété de droit civil. » Les choses publiques, c'est-à-dire celles destinées à satisfaire un but d'utilité publique, peuvent très naturellement appartenir à des personnes privées, même s'il est vrai que ce droit de propriété privée est limité par la destination publique de la chose.

La troisième catégorie concerne la France, pays dans lequel l'état du droit est radicalement différent car les choses publiques sont considérées comme relevant du droit public et la notion de domaine public est une pure fiction, une création juridique française. Cette troisième hypothèse se divise entre une conception française de la théorie de garde ou de surintendance et la théorie de la propriété publique qui donne à l'Etat un rôle prépondérant et fait de lui le maître de la destination publique des choses.

⁴⁰⁶ N. Karadge Iskrow, « Nature juridique des choses publiques », *RDP*, 1930, p. 670 ; O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, tome 3 : *le droit public des choses*, Paris, Griard et Brière, 1905.

Comme le démontre notamment X. Bioy⁴⁰⁷, la personnalité de l'Etat est fondamentale et devient l'instrument de l'unité de ses prérogatives en matière de droit des biens. D'après cet auteur, « plus que l'affectation, c'est la personnalité du propriétaire qui détermine la qualité publique ou privée du bien. (...), Cependant, le critère organique ne fait qu'ordonner le critère finaliste. » Pour ce dernier, « il ne semble plus que la propriété demeure la condition de l'affectation au service mais seulement celle de l'existence d'un domaine public. »

Dans les pays autres que la France, ce droit de propriété est limité par la destination spéciale de la chose. Toutefois, les choses publiques peuvent appartenir aux personnes privées. Ces trois régimes étrangers sont similaires, dans la mesure où le droit privé s'applique aux choses publiques. La spécificité française résulte du fait que les biens publics sont des biens à part qui n'obéissent ni aux mêmes personnes, ni au même régime juridique que les biens privés. Or, cette conception est surtout fondée sur une construction et une fiction juridiques qui tendent à confondre personne publique et biens publics. Or, il nous faut tenter de rétablir cette distinction.

Il convient, désormais, d'apprécier l'impact de la confusion opérée, en France, entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation. Cette spécificité française emporte des conséquences non négligeables pour le droit administratif des biens et surtout dans la gestion des biens publics. Il faut étudier les contraintes et les effets pervers engendrés par cette vision du pouvoir d'affectation et du droit de propriété sur les biens publics.

⁴⁰⁷ X. Bioy, « la propriété éminente de l'Etat », *RFDA*, 2006, p. 963. Voir en ce sens, les jurisprudences du CE, 30 octobre 1987, Commune de Levallois-Perret, Rec. Conseil d'Etat, p. 335 et CE, 3 décembre 1993, Union des syndicats CGT de Nîmes, *RDI*, 1994, p. 227. Ces jurisprudences illustrent que le pouvoir d'affectation est une manifestation des prérogatives issues du droit de propriété.

§2- Les difficultés engendrées par la confusion entre la propriété des personnes publiques et leur pouvoir d'affectation.

La première confusion se situe entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation. Après avoir souligné la conception française du droit de propriété et les conséquences pour les biens publics, il est temps de voir les effets négatifs engendrés par cette confusion, notamment dans la gestion de ces biens. (A)

Cette confusion entraîne une focalisation sur le droit de propriété qui se révèle, en fait, erronée. Cette conception traduit une volonté de faire perdurer l'existence même du domaine public et la distinction entre les domaines public et privé. C'est cette fiction juridique du domaine public qui se révèle être néfaste à l'émergence de ce qui est en réalité fondamentale, à savoir la destination du bien et sa protection. (B)

A-Un frein à la circulation des biens publics.

La confusion entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation empêche les biens de « circuler ». Ceux-ci stagnent, en quelque sorte, dans le domaine public des personnes publiques. On peut regretter cette conception étroite du droit public des biens français. Aujourd'hui encore, avec l'adoption du CGPPP, on a tendance à croire que pour protéger un bien et garder son affectation à une utilité publique, il est nécessaire que le bien en question appartienne à son propriétaire et que lui seul décide de son existence. Sachant que dans ce domaine la réalité n'est pas aussi tranchée, il faudra nuancer ce propos. L'amalgame entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation nuit ainsi à la possible circulation des biens publics qui pourrait avoir lieu entre les personnes publiques ou entre les personnes publiques et les personnes privées.

Sous prétexte que le propriétaire aurait tous les droits sur son bien, sous réserve de quelques contraintes expliquées auparavant, y compris celui de l'affectation, le bien lui serait consacré. Des changements de propriétaires sont désormais envisageables, alors qu'ils demeuraient compliqués, voire impossibles avant l'entrée en vigueur du CGPPP.

Il convient de préciser ce que l'on entend par « circulation des biens publics ». Cette expression désigne soit le transfert de propriété de biens entre personnes publiques, soit un transfert de gestion. Ici, il sera question d'étudier la gestion volontaire des biens par les personnes publiques. La question traite de la circulation des biens entre les personnes publiques de manière volontaire et non du cas des mutations domaniales étudiée précédemment. Ce sont les personnes publiques, elles-mêmes, qui décident du sort de leurs biens, contrairement aux transferts forcés que nous verrons ultérieurement en traitant des mutations domaniales.

Une précision d'ampleur doit être donnée. En effet, il ne s'agit pas d'opérer une confusion totale entre le pouvoir de gestion ou du gestionnaire et le pouvoir d'affectation ou de l'affectataire. Cela n'implique pas les mêmes pouvoirs, ne recouvre pas les mêmes situations mais il est indéniable que le pouvoir d'affectation fait partie du pouvoir de gestion. Il est important de rappeler que l'affectation de biens à un service public ou à une personne constitue un transfert domanial. Celui-ci porte sur l'usage ou la jouissance d'un bien qui va bénéficier à une autre personne. Le pouvoir de gestion emporte, en revanche, plus que cela. En effet, le gestionnaire possède, comme l'affectataire, non seulement *l'usus* et le *fructus* du bien.

En l'espèce, il faut nous intéresser aux personnes publiques qui vont consentir à l'amiable des conventions permettant ces mouvements. Ce sont des ententes entre les personnes publiques. Depuis l'entrée en vigueur du CGPPP, ces mouvements sont plus faciles à exécuter.⁴⁰⁸

Auparavant, ces transferts de propriété étaient moins fréquents. Le nombre de personnes publiques n'a cessé d'augmenter ces dernières années. En effet, si l'Etat a d'abord été le premier à être reconnu titulaire d'un patrimoine et à détenir un droit de propriété sur ses biens appartenant au domaine public, il a été suivi par les collectivités territoriales et les

⁴⁰⁸ C'est notamment ce que la doctrine a constaté après l'adoption de ce code et lors de colloques consacrés au thème de la circulation des propriétés publiques. Voir G. Bachelier, « Les transferts de propriétés entre personnes publiques », colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques, *JCP N*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1898.

établissements publics. Aujourd'hui, les personnes publiques susceptibles de détenir un domaine public sont nombreuses. Le CGPPP consacre d'ailleurs cette diversification. Les rapports que les personnes publiques sont susceptibles d'avoir entre elles sont donc plus importants.

Le CGPPP a apporté plus de souplesse dans des rapports jugés auparavant trop complexes et trop restrictifs. Cet inconvénient empêchant tout mouvement au sein des différents patrimoines immobiliers des personnes publiques. Toutefois, il faut garder à l'esprit la différence entre les rapports domaniaux qui emporteront un transfert de propriété et ceux qui n'en emporteront pas.

Le Code offre plus de souplesse aux transferts domaniaux qui sont accompagnés d'un transfert de propriété qu'à ceux qui n'en sont pas accompagnés.

La tendance est, dans les deux cas, d'accélérer les transferts, ce qui constitue, pour certains auteurs, une manifestation du droit de propriété des personnes publiques. Selon R. Noguellou⁴⁰⁹ le fait pour des personnes publiques de pouvoir transférer des biens publics est une manifestation de leur pouvoir de gestion qui n'est autre qu'un prolongement de leur droit de propriété. Même s'il est incontestable que le fait de gérer un bien, de pouvoir le vendre ou seulement de le mettre à la disposition d'une autre personne publique fait partie des prérogatives qui reviennent à un propriétaire classique, il n'en reste pas moins que cette conception tend à délaissier le rôle de l'affectation dans cette étape.

En effet, si le droit de propriété implique automatiquement que le propriétaire de son domaine public puisse sous certaines conditions gérer ses biens comme il l'entend et qu'il décide de la circulation de ses biens, il nous semble cependant que le raisonnement doit aller encore plus loin. Si l'on suit le raisonnement de cet auteur, seuls le droit de propriété et son prolongement à savoir le pouvoir de gestion des biens importent. Mais au-delà de ce pouvoir de gestion se cache aussi le pouvoir d'affectation, qui existe indépendamment de la personne propriétaire du bien. Le pouvoir de gestion, dont parle, ne doit pas se trouver confondu avec le pouvoir d'affectation. Si l'on s'attache à opérer une vraie distinction entre le droit de propriété des personnes publiques et le pouvoir d'affectation des biens à une utilité publique, alors la circulation est facilitée. Peu importe l'identité du propriétaire du bien en question pourvu que l'affectation soit, elle, protégée.

⁴⁰⁹ R. Noguellou, « Les rapports domaniaux entre personnes publiques », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 957.

On peut illustrer ces propos en examinant les différentes hypothèses de circulation des biens publics.

S'agissant des transferts domaniaux dépourvus de transfert de propriété, ce constat est évident et sera confirmé par l'étude des nouvelles techniques de circulation des biens publics par le CGPPP. Ainsi, on peut d'ores et déjà, dire que l'affectation est mise en avant et que l'on veille à la protéger. Certes, celle-ci peut toujours être modifiée mais elle est au cœur de la relation entre les personnes publiques.

S'agissant des transferts domaniaux assortis de transfert de propriété, la question de la vente de biens va se poser. Néanmoins, le CGPPP a innové de manière assez remarquable en permettant le transfert de biens, entre les personnes publiques, sans déclassement préalable du bien affecté.⁴¹⁰ Auparavant, cela était impossible. On voit alors que le principe de l'inaliénabilité du domaine public⁴¹¹ ne s'applique pas dans les rapports entre personnes publiques, ce qui n'était pas le cas avant. Or, aujourd'hui si une personne publique veut vendre un bien dépendant du domaine public à une autre personne publique, elle le peut sans avoir besoin de procéder auparavant au déclassement et à la désaffectation du bien. Ces deux conditions doivent être réunies pour qu'un bien puisse sortir du domaine public et être vendu. Désormais, la condition du déclassement préalable est supprimée ce qui prouve que l'affectation du bien est, contrairement à la propriété du bien, particulièrement importante et donc inaliénable. Une personne publique différente du précédent propriétaire du bien peut ainsi hériter d'un bien qui n'a pas subi de désaffectation, si le nouveau propriétaire souhaite poursuivre la même affectation à l'utilité publique.

La suppression de ce déclassement préalable est aussi réalisée pour les échanges d'immeuble. Cela facilite la circulation des biens au sein des différents patrimoines des personnes publiques.⁴¹² Comme le souligne C. Maugué, le but est de « faciliter de nombreuses opérations foncières entre l'Etat et les collectivités territoriales, notamment en présence d'un domaine public relevant d'une personne publique autre que celle qui conduit l'opération ».

⁴¹⁰ L'article L. 3111-1 du CGPPP énonce : « Les biens des personnes publiques mentionnés à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles. »

⁴¹¹ Cf. *infra* la section II de ce chapitre.

⁴¹² L'article L. 3112-1 du CGPPP énonce : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L-1, qui relèvent de leur domaine public, peuvent être concédés à l'amiable, sans déclassement préalable, entre ces personnes publiques, lorsqu'ils sont destinés à l'exercice des compétences de la personne publique qui les acquiert et relèveront de son domaine public. »

Elle explique que le but de ces assouplissements est la recherche d'une redistribution des propriétés publiques⁴¹³.

Les conditions de transfert et de circulation des biens entre les personnes publiques ou avec des personnes privées sont, aujourd'hui, facilitées par l'existence de dérogations prévues dans la loi. Par conséquent, en dehors des possibilités prévues par le nouveau code, il n'y a que très peu de possibilités d'échanges. Le problème vient principalement du fait que le pouvoir du propriétaire et l'affectation sont confondus.

Mais ce ne sont pas les seules conséquences engendrées par cette confusion.

B-Un frein en matière d'utilisation privative du domaine public.

La confusion entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation engendre également des conséquences quant à l'utilisation privative du domaine public. Cette utilisation, à la différence de l'utilisation collective du domaine public, se définit par une occupation, le plus souvent, par une personne privée d'une dépendance du domaine public. Longtemps considérée comme anormale en raison de son aspect contraire à l'affectation à l'utilité publique, l'utilisation privative est de plus en plus courante. Devenue une utilisation normale du domaine public ces dernières années, l'utilisation privative concourt à la valorisation économique du domaine public. C'est par l'octroi de titres d'occupation du domaine public que les personnes publiques ont pu accueillir des personnes privées sur leurs domaines publics.

⁴¹³ C. Maugué, « La réforme du droit des propriétés publiques et la gestion du patrimoine public », *BJCP*, n°53, 2007, p. 258.

L'octroi de ces titres, avec constitution de droits réels, n'allait pas sans poser de problèmes⁴¹⁴, puisqu'il était prohibé en raison de l'atteinte portée aux principes de la domanialité publique⁴¹⁵. La domanialité publique⁴¹⁶, en effet, interdit la constitution de droits réels sur le domaine public au nom de l'inaliénabilité du domaine public. Aucune personne privée ne saurait être titulaire d'une parcelle du domaine public. Une autre personne, et a fortiori, une personne privée, ne saurait être reconnue comme titulaire d'un droit de propriété sur le domaine public.

Cette confusion opérée en France entre le propriétaire et l'affectataire a longtemps été un frein à la reconnaissance de droits réels sur le domaine public. Puis, progressivement, cette interdiction va s'estomper d'abord sous l'impulsion de la loi du 5 janvier 1988⁴¹⁷ qui reconnaît la possibilité aux collectivités territoriales de constituer des droits réels sur le domaine public en concluant des baux emphytéotiques administratifs. Vient s'ajouter la loi du 25 juillet 1994⁴¹⁸ qui concerne le domaine public de l'Etat. Le principe suivant est posé : toute personne titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public, sauf prescription contraire, bénéficie de droits réels sur les ouvrages réalisés pendant la durée de son titre. Avec la réforme de la propriété des personnes publiques en 2006, la tendance s'est inversée. Si, auparavant, l'octroi d'autorisation d'occupation du domaine public avec droits réels demeurait l'exception, le nouveau Code tend à l'ériger en principe. Les personnes privées, qui vont être autorisées à exercer leurs activités sur le domaine public, vont pouvoir s'approprier leurs ouvrages édifiés pour les besoins de leurs activités. Le Code consacre dans ses articles les principes posés par les lois précitées et tend à harmoniser les régimes juridiques des droits réels entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ce lissage, que nous reverrons, tend surtout à considérer les titulaires d'autorisations d'occupation du domaine public comme ayant, par principe, un droit réel sur ses installations. Ce dernier peut jouir des prérogatives et obligations du propriétaire.

⁴¹⁴ Le droit réel se définit ainsi : « Droit qui porte directement sur une chose et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose. Exemple : la propriété est le droit réel le plus complet. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée droit réel.

⁴¹⁵ CE, 6 mai 1985, Association Eurolat-Crédit Foncier de France, Rec. Conseil d'Etat, p. 141 ; en l'espèce, sont déclarées nulles les clauses interdisant la résiliation d'un contrat, dans le cadre d'une autorisation d'occupation du domaine public, *AJDA*, 1985, p. 620, note de E. Fatôme.

⁴¹⁶ La domanialité publique est le régime juridique s'appliquant aux biens du domaine public. Ce régime, sur lequel nous reviendrons dans la Partie II, se compose de deux règles : l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public.

⁴¹⁷ Loi du 5 janvier 1988 relative à l'amélioration de la décentralisation, n°88-13, *JO* du 6 janvier 1988, p. 208.

⁴¹⁸ Loi du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n°94-631, *JO* du 26 juillet 1994, p. 10749.

Si ces réformes ont permis une amélioration de la situation, elles n'ont cependant pas reconnu le droit de propriété à des personnes autres que les personnes publiques. Certes, les titulaires de droits réels sur le domaine public agissent « comme des propriétaires », mais E. Pourcel⁴¹⁹ différencie clairement les deux types de droit. Il expose que le législateur consacre certes la possibilité que deux droits de propriété coexistent tant que dure l'autorisation d'occupation du domaine public. Cependant, remarque-t-il, « ces deux droits de propriété sont profondément inégaux : -le premier est un droit de propriété plein et entier, absolu sous réserve naturellement des règles régissant la sortie de biens du domaine public (CGPPP, art. L. 2141-1 et S), de la personne publique concernant les biens immobiliers existants, bâtis et non bâtis (...) du domaine public objet de l'autorisation. -Le second est en réalité une forme relative du droit de propriété, quoique plus profonde que l'usufruit tel que défini à l'article 578 du Code Civil, au bénéfice de l'occupant du domaine public concernant certains ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier que l'occupant aura réalisés, puisqu'à l'instar de l'autorisation, cette appropriation sera toujours précaire, conditionnée et limitée. »

Cette différence marquée entre les deux sortes de pouvoir prouve, à nouveau, la confusion opérée entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation. Les opposants de la reconnaissance des droits réels sur le domaine public dénoncent une éventuelle possibilité d'aliéner la propriété du bien en question. Or, ceci est faux car ce qui reste inaliénable, c'est l'affectation du bien. Les lois relatives à l'octroi des droits réels ainsi que les articles du CGPPP⁴²⁰ précisent que ces titres sont précaires. Aussi, à la fin de l'autorisation, les ouvrages détenus par la personne privée retournent dans le patrimoine de la personne publique, le plus souvent au sein du domaine public. Cela prouve que l'inaliénabilité ne porte pas sur la propriété mais sur l'affectation. Par conséquent, interdire purement et simplement les droits réels sur le domaine public, revient à se tromper de cible. Ce ne sont pas la propriété publique ou le droit de propriété des personnes publiques qui sont menacés. D'une part, l'octroi de droits réels ne confère pas aux titulaires un véritable droit de propriété mais plutôt des obligations et des prérogatives de propriétaires. D'autre part, les droits réels sont tout à fait

⁴¹⁹ E. Pourcel, « A qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titre d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », *JCP N*, n°24, 15 juin 2007, p. 20.

⁴²⁰ L'article L. 2122-3 du CGPPP énonce : « L'autorisation mentionnée à l'article L. 2122-1 présente un caractère précaire et révocable. »

conciliables avec l'affectation. D'ailleurs, les conditions de leurs délivrances sont soumises au respect de l'affectation⁴²¹.

L'opération de délivrance d'un droit réel ne procède donc pas à une aliénation totale de la dépendance domaniale, mais seulement à une aliénation patrimoniale. Le bien en question pourra notamment faire l'objet d'une hypothèque. Mais, l'affectation de la dépendance domaniale perdue et « le propriétaire privé » ne peut rien faire contre cela. S'il venait à modifier l'affectation, son autorisation serait résiliée.

Ces explications montrent, encore une fois, l'actualité de la thèse de R. Capitant qui défend l'inaliénabilité de l'affectation et non celle de la propriété. C'est ce que souligne M. Ubaud-Bergeron⁴²² à propos des droits réels.

L'autonomie entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation est encore prouvée. Cette dissociation, de plus en plus admise, inconsciemment sans doute, permet alors de réaliser des opérations financières jusque là interdites.

Après avoir souligné les problèmes soulevés par la négation de toute autonomie de l'affectation, il s'agit désormais de s'intéresser aux pistes de réflexion qui permettraient de sortir de cette vision. Peut-on envisager une conception renouvelée des biens publics dans laquelle la notion d'affectation serait indépendante de celle de la propriété ? Il faut prendre en effet le temps de revenir sur ces difficultés pour comprendre qu'il ne s'agit parfois que de problèmes d'interprétation. Or, si le constat de base était différent, les conséquences en droit positif pourraient également changer.

⁴²¹ L'article L. 2121-1 du CGPPP énonce : « Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit de toute nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation. »

⁴²² M. Ubaud-Bergeron, « Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'Etat », *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1365.

Section II : Le pouvoir d'affectation : un pouvoir détachable de la qualité du propriétaire du bien.

Nous démontrerons dans le chapitre à suivre, que le pouvoir d'affectation, qui est autonome par rapport au droit de propriété et qu'il repose sur une conception dualiste de la propriété. Cette conception est fondamentale car elle explique le fondement de la théorie des mutations domaniales (§2). Mais avant cela, nous allons étudier un point important pour la suite de notre démonstration à savoir la question de la relative indépendance du pouvoir d'affectation. (§1)

§1- Une vision émergente : le détachement du pouvoir de l'affectataire.

Le droit de propriété est, aujourd'hui encore, indispensable en droit positif français pour permettre à un bien de faire partie du domaine public. Toutefois, il peut ne pas être nécessaire. (A) Il s'agit d'insister sur le fait que le pouvoir d'affectation se détache de cette propriété et peut suffire à satisfaire aux exigences requises. (B)

A-Deux pouvoirs autonomes.

Les développements précédents auront permis de mettre en avant l'idée que l'affectation revient, en principe, au propriétaire des domaines public et privé à savoir les personnes publiques. Le but désormais est de démontrer que ce constat est vrai et qu'en principe les différents propriétaires publics agissent ainsi.

Cependant, ce n'est pas toujours le cas et dans les différents exemples que nous allons rencontrer, le but est de mettre en évidence que le pouvoir d'affectation se détache en réalité aisément du droit de propriété qu'il peut exercer en dehors du cadre de la propriété.

Il faut s'attarder sur le fait que le droit de propriété et le pouvoir d'affectation sont parfois dissociés et non détenus par la même personne. Dans certains cas, il arrive que le propriétaire du bien ne dispose pas du pouvoir d'affectation. Il ne s'agit pas de traiter du cas des mutations domaniales qui constitue une hypothèse dans laquelle le pouvoir d'affectation de la dépendance est retiré de façon autoritaire au propriétaire. Il s'agit ici d'étudier les cas dans lesquels le propriétaire ne décide pas, de manière volontaire, de l'affectation de la dépendance domaniale. En effet, en dehors de la mise en œuvre de la théorie des mutations domaniales, il se peut qu'une personne différente de celle du propriétaire du bien décide de l'affectation. Très souvent le législateur intervient pour incorporer au domaine public telle ou telle catégorie de biens n'appartenant pas à l'Etat, comme les églises⁴²³ ou encore pour le domaine public fluvial⁴²⁴.

Avant de poursuivre la démonstration, il faut préciser que si ce pouvoir d'affectation est exercé par une personne autre que la personne publique propriétaire du bien en question, cela ne remet pas en cause le fait que cette propriété du bien demeure. La personne publique conserve les autres pouvoirs découlant de son droit de propriété et peut recouvrer à tout moment le pouvoir d'affectation. Il faudra revenir plus longtemps sur cette question au moment de l'étude de la théorie des mutations domaniales⁴²⁵.

Cette précision étant faite, revenons à présent, sur la démonstration qui nous préoccupe.

⁴²³ Loi du 9 décembre 1905, relative à la séparation des Eglises et de l'Etat, *JO* 11 décembre 1905, p. 7205.

⁴²⁴ L'article L. 2111-7 du CGPPP énonce : « Le domaine public fluvial naturel est constitué des cours d'eau et lacs appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, et classés dans leur domaine public fluvial. »

⁴²⁵ Voir les développements sur cette théorie dans le chapitre suivant.

Le droit de propriété et le pouvoir d'affectation sont en effet distincts. Le propriétaire du domaine public n'a pas le monopole de l'usage de son bien. Il ne peut parfois pas user librement de son bien. Ce dont il dispose réellement et ce qui est intouchable pour lui, c'est la conservation du *fructus* engendré par la détention de sa dépendance. Il pourra, par exemple, bénéficier de la jouissance de son bien qui peut être par exemple un terrain vague, ou un bois aménagé ou encore un port industriel. Il pourra, grâce à cette propriété, récolter de l'argent car toute personne souhaitant occuper le domaine public dans un but privatif doit s'acquitter d'une redevance.⁴²⁶

Cette affectation se révèle souvent insaisissable pour le propriétaire du bien en question et cela sera encore plus flagrant lorsqu'on s'attardera sur la théorie des mutations domaniales. C'est notamment ce que démontre C. Lavalie.⁴²⁷ Mais exception faite du cas dans lequel une affectation est imposée par une autre personne publique, la personne publique propriétaire autolimité ses pouvoirs puisque sa dépendance est affectée à une utilité publique, qui par définition vise servir l'intérêt général. Ce n'est finalement que sur son domaine privé que le propriétaire exerce vraiment toutes les prérogatives offertes par le droit de propriété. Il est en quelque sorte libéré de cette contrainte de l'affectation à l'utilité publique de la dépendance domaniale appartenant au domaine public des personnes publiques.

Sur le domaine public, le propriétaire public est plus contraint, non par des personnes extérieures qui lui dicteraient la conduite à suivre, mais simplement par cette affectation qui n'est jamais définitive, certaine et perpétuelle. Les situations juridiques peuvent changer, l'affectation donnée à un moment peut devenir obsolète quelque temps après. Le propriétaire doit prendre acte de ce changement. Par exemple, une commune peut être obligée de prendre acte de la désaffectation d'un lieu servant au public ou à l'exercice d'un service public comme une école.

Le propriétaire ne décide pas toujours de l'affectation. Il peut y avoir plusieurs propriétaires, dans ce cas, l'affectation n'est plus l'attribut d'un seul droit de propriété. L'affectation peut aussi changer et contraindre le propriétaire à en tirer les conséquences car c'est l'utilité publique elle-même et les besoins de l'intérêt général qui peuvent faire pression sur le propriétaire du bien. Un arrêt récent a reconnu la domanialité publique d'un bien dans le cas

⁴²⁶ L'article L. 2125-1 du CGPPP énonce: « Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L1 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. »

⁴²⁷ C. Lavalie, « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G*, Tome 1, 1994, n° 3766, p. 259.

où le propriétaire avait donné en gestion des biens et où le gestionnaire avait ensuite décidé de modifier son affectation. La domanialité publique du bien a été reconnue, ce qui prouve que le bien n'a pas besoin d'appartenir véritablement au propriétaire. Ce gestionnaire du bien a alors un pouvoir important de décider de l'affectation du bien.⁴²⁸

La distinction de ces deux notions est fondamentale. En effet, c'est sur cela que va reposer l'idée d'autonomie du pouvoir de l'affectation par rapport au droit de propriété. Cette vision est possible si l'on accepte une vision dualiste du droit de propriété.

B-La vision dualiste de la propriété nécessaire à la mise en avant de l'affectation.

Lorsque nous étudierons la théorie des mutations domaniales, nous verrons que celle-ci est fondée à la fois sur une conception unitaire du domaine public et sur une vision dualiste du droit de propriété. C'est ce dernier élément qui nous intéresse ici tant il va montrer le caractère central de la notion d'affectation.⁴²⁹

Cette vision dualiste du droit de propriété est née de la nécessité de surmonter une contradiction. La vision unitaire du domaine public a été défendue avant d'être abandonnée. Cette thèse est simple dans le sens où l'on considère que le domaine public ne fait qu'un, car il est destiné à servir une cause à savoir l'intérêt général et plus précisément l'usage direct du

⁴²⁸ J-M. Pastor, note sous CE, 19 décembre 2007, Commune de Mercy-le Bas, *JCP A*, n°3, 14 janvier 2008, p. 10 et *AJDA*, 14 janvier 2008, p. 14.

⁴²⁹ A. Vidal-Naquet, « L'irréductible théorie des mutations domaniales », *RFDA*, novembre-décembre 2005, p. 1106 à 1116.

public ou un service public. La question de l'unité du domaine public ne s'est d'ailleurs posée que pour le domaine public des personnes publiques. La jurisprudence judiciaire a, la première, consacré la thèse de l'unité du domaine public. La Cour de cassation l'a d'abord affirmée dans son arrêt Chemins de fer d'Orléans en date du 20 décembre 1897⁴³⁰ en jugeant que la propriété de dépendances domaniales est unique, qu'elle porte sur tous les biens et qu'elle est évidemment celle de l'Etat.

Au sein de la doctrine, la thèse de l'unité du domaine public a été reprise par les auteurs qui refusaient la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur leur domaine. Le doyen Duguit était un fervent défenseur de cette thèse.

Celle-ci a été désavouée en ce qu'elle empêchait la reconnaissance d'un droit de propriété qui est, aujourd'hui, incontestable. Cette thèse de l'unité du domaine public ne pouvait pas expliquer les mutations de biens entre divers domaines de collectivités locales ou tout simplement les ventes entre ces personnes. La jurisprudence administrative a finalement reconnu l'existence de plusieurs domaines appartenant aux diverses personnes publiques. C'est grâce notamment aux conclusions du commissaire du gouvernement Teissier sur le célèbre arrêt du 16 juillet 1909, Ville de Paris⁴³¹ que le Conseil d'Etat reconnaît que « l'Etat, les départements et communes sont propriétaires de leur domaine public. » Un arrêt confirmatif, en date du 13 mars 1925, Ville de Paris⁴³², vient corroborer cette thèse.

Jusqu'à la naissance et surtout à la reconnaissance du droit de propriété des personnes publiques, l'Etat est perçu davantage comme le garant du domaine public, qu'il ne gère d'ailleurs pas tout seul puisque les collectivités publiques se chargent de l'aider. Pour les auteurs de l'époque, comme par exemple L. Duguit, l'unité du domaine public ne fait aucun doute même si plusieurs personnes publiques se partagent la gestion de ce domaine suivant que l'on se trouve à l'échelle communale ou nationale. Cette unité du domaine public a été défendue pour justifier la théorie des mutations domaniales. Cependant, il est incontestable qu'aujourd'hui, le domaine public ne forme plus un seul et même ensemble car au fil du temps différentes personnes publiques ont été, elles aussi, reconnues propriétaires d'un domaine public. Aujourd'hui, les personnes publiques classiques au premier rang duquel on trouve l'Etat, mais aussi les collectivités territoriales et les établissements publics sont

⁴³⁰ C. Cass, 20 décembre 1897, Chemins de fer d'Orléans, *D.*1899, 1, p. 257, note Sarrut.

⁴³¹ G. Teissier, conclusions sur CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, *D.* 1911, III, p. 73.

⁴³² CE, 13 mars 1925, Ville de Paris, *S.*1925, 3, 363, conclusions Rivet ; *D.* 1926, 3, p. 17 note M. Waline ; *RDP*, 1925, p. 262, note G. Jèze.

titulaires d'un domaine public. Enfin, d'autres personnes publiques *sui generis* possèdent désormais un domaine public.

Ce principe d'unité du domaine public, abandonné aujourd'hui, est lié à la théorie du domaine éminent.⁴³³ Pour éviter, en effet, de reconnaître un quelconque droit de propriété des collectivités publiques sur leurs biens, la thèse du domaine éminent prônait un domaine unique gardé par l'Etat. Ce dernier donnait seulement une délégation à ces collectivités destinée à gérer leurs biens. La Cour de cassation a d'ailleurs consacré cette théorie dans l'arrêt du 20 décembre 1897, Compagnie du chemin de fer d'Orléans.⁴³⁴ Cette théorie du domaine éminent et la conception unitaire du domaine public ont été abandonnées vers 1930 au profit de la reconnaissance de la pleine propriété des collectivités territoriales.

Le domaine public s'est formé au 19^{ème} siècle avec pour ancrage l'Etat monarchique et le domaine de la Couronne. Les deux notions étaient extrêmement liées car le monarque exprimait sa puissance sur l'ensemble du domaine royal, d'où cette thèse d'un domaine unitaire. P. Yolka nous dit qu' « il existe un lien incontestable entre l'exercice de la souveraineté et cette approche unitaire, le territoire étatique s'étant construit à partir du domaine. »⁴³⁵

Mais progressivement, le couple formé par le territoire et le domaine va se dissocier pour aboutir à la reconnaissance d'un domaine public aux personnes publiques distinctes de l'Etat.

Les difficultés majeures naquirent lorsqu'un véritable droit de propriété fut reconnu aux personnes publiques. A la fin du 19^{ème} siècle vont être reconnues comme étant tributaire d'un droit de propriété sur leurs biens. Or, cela aboutit à reconnaître une pluralité de propriétés publiques ce qui va également entrer en contradiction avec la théorie des mutations domaniales. En effet, cette dernière nie en quelque sorte cette pluralité des propriétés publiques puisque l'Etat doit avoir le dernier mot en matière de décision d'affectation sur certaines dépendances domaniales qui ne lui appartiennent pas. Ainsi, les personnes publiques autres que l'Etat se trouvent dessaisies de l'une des caractéristiques du droit de propriété à savoir le pouvoir d'affectation.

⁴³³ X. Bioy, « La propriété éminente de l'Etat », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 963.

⁴³⁴ C. Cass. Civ, 20 décembre 1897, Compagnie de chemin de fer d'Orléans, *D.* 1899, 1, p. 257.

⁴³⁵ P. Yolka, « Distinction du domaine public et du domaine privé », *Jurisclasseur administratif*, avril 2009, fasc. 405-10.

Pour résumer, deux conceptions totalement contradictoires s'opposent avec d'un côté une unité du domaine public qui milite pour la reconnaissance d'un Etat seul dépositaire du domaine public et de l'autre la reconnaissance d'un droit de propriété à toutes les personnes publiques qui sont, aujourd'hui, de plus en plus nombreuses. Or, à l'heure actuelle le maintien de la théorie des mutations domaniales et l'émergence de la notion d'affectation au sein du droit des biens publics, tendent à faire admettre une dualité de la propriété publique.

L'adhésion à une conception purement dualiste du droit de propriété permet de mettre en avant une véritable dissociation du droit de propriété et de l'affectation. Par conséquent, cela permet de se rendre compte de la place centrale qu'occupe l'affectation dans ces questions.

Cette conception est peut être difficile à admettre aujourd'hui. L'affectation appartient très souvent au propriétaire du bien en question. Cependant, ce pouvoir d'affectation est indépendant de celui du droit de propriété dans la mesure où il peut empêcher certaines personnes de jouir de leur bien. L'affectation associée à cette vision dualiste du droit de propriété, devient donc une prérogative qui emporte la possibilité de pouvoir choisir la destination d'un bien. De l'autre côté, en conservant une vision unitaire du domaine public, l'affectation se trouve là encore au centre de toutes les préoccupations. En effet, l'affectation représente avant tout le critère de reconnaissance de l'appartenance d'un bien au domaine public. Par conséquent, le domaine public est affecté à l'usage de tous, sans distinction. C'est sa fonction première. L'affectation doit remplir la satisfaction des besoins d'intérêt général que cela passe par l'usage direct du public ou par l'intermédiaire d'un service public.

Même si nous verrons par la suite qu'il n'y a probablement pas un domaine public mais des domaines publics, on ne peut nier que ces derniers soient affectés à l'intérêt général, au public, à tous.

Ces développements ont donc pu mettre en exergue une fois encore l'importance de cette affectation. Cette mise en avant, l'étude de la véritable fonction de l'affectation et sa teneur permet également de contourner beaucoup d'obstacles auparavant très paralysants sur le domaine public.

§2- La reconnaissance d'une autonomie relative de l'affectation : une avancée au service d'une meilleure gestion domaniale.

Les obstacles soulevés dans les développements précédents ont mis en évidence le manque de circulation des biens entre les personnes publiques mais également le défaut de mise en valeur du domaine public. Ce domaine public semble être trop marqué par le pouvoir du propriétaire public qui paralyse de nombreuses actions. C'est en se concentrant sur la notion d'affectation que ces obstacles peuvent ainsi tomber au profit de la valorisation (A) et de la circulation des biens. (B)

A-Une dissociation au service de la valorisation économique.

L'autonomie actuelle que l'affectation prend par rapport au droit de propriété révèle l'existence d'enjeux cachés qui sont, notamment, d'ordre financier. Paradoxalement, la vision propriétaire du domaine public qui semble dominer depuis l'adoption du CGPPP laisse pourtant subsister des contraintes importantes dans la gestion du domaine public. Certes, il faudra démontrer en deuxième partie quels sont les obstacles qui pourraient être levés si le critère organique de la propriété publique n'était pas systématiquement exigé.

Il est incontestable qu'aujourd'hui le CGPPP apporte des modifications tendant à la simplification de la gestion du domaine public. Il faudra s'attarder sur ces éléments qui favorisent la gestion de leurs biens par les personnes publiques et même entre les personnes publiques et les personnes privées⁴³⁶. Mais cet état du droit est encore insatisfaisant car il empêche des démarches qui pourraient permettre aux personnes publiques de gérer leur domaine plus facilement sans pour autant remettre en cause l'affectation des biens à l'utilité publique.

Longtemps la gestion du domaine public a été perçue comme une mission de police administrative. La protection accordée à ce domaine ainsi que les sanctions prononcées pour

⁴³⁶ Voir sur ces points nos développements dans la partie II.

sa protection n'étaient que des manifestations du pouvoir de police administrative. L'expression « pouvoir » de gestion renvoyant systématiquement au domaine privé des personnes publiques. Aucun acte de gestion ne pouvait avoir lieu sur le domaine public car il était affecté. Par conséquent, seuls des pouvoirs de police pouvaient s'exercer sur ce dernier pour assurer la sécurité des usagers du domaine public.

Désormais, l'activité de gestion du domaine public se différencie de l'activité de police administrative, laissant la liberté à la première activité.

Mais, la surprotection du domaine public entraînée par l'extension du régime de la domanialité publique, les théories jurisprudentielles de l'accessoire ou de la domanialité publique virtuelle ont découragé les investisseurs potentiels de s'engager sur le domaine public. Les agents économiques qui souhaitaient implanter leurs activités sur le domaine public portuaire ou aéroportuaire se sont retrouvés dans des situations très précaires. Cela les a incités à réduire leurs investissements sur le domaine public. Le législateur est venu au secours de cette situation néfaste pour la vie économique. On a progressivement pris conscience de l'enjeu économique que représente le domaine public. Dès lors, ont été mises en place des facilités destinées à permettre l'installation d'entreprises afin que les personnes publiques puissent rentabiliser leurs patrimoines.

On revient aujourd'hui à la conception du domaine royal qui permettait au roi d'utiliser le domaine comme une source unique de revenus. A l'heure actuelle, la comparaison serait vaine mais il est vrai que les personnes publiques ont pris conscience de l'importance de leur patrimoine, de la richesse de leurs biens (et également de leurs meubles même si la question des biens meubles n'est pas en l'occurrence la question la plus préoccupante).

La volonté d'exploiter la richesse économique du patrimoine public s'est traduite en jurisprudence par la tolérance de la constitution de droits réels sur le domaine public. L'octroi de tels droits sur le domaine public de l'Etat et sur celui des collectivités territoriales a permis d'attirer des investisseurs sur le domaine public. Il faudra voir, au cours de la deuxième partie, en quoi le CGPPP a apporté des moyens permettant de faciliter cette valorisation.

L'octroi de droits réels est l'une des techniques permettant la mise en valeur du domaine public des personnes publiques, va révéler que le législateur, en accordant de telles dérogations, continue d'avoir à l'esprit la protection de l'affectation des biens. En effet, si l'on se réfère aux deux principes de la domanialité publique, on remarque que ceux-ci prohibent

cette pratique des droits réels. L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public interdisent, en effet, toutes formes d'appropriation du domaine public⁴³⁷. Toutes les activités industrielles, commerciales ou de nature privée étant paralysées sur le domaine public, le législateur est intervenu pour apporter des dérogations à l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public.⁴³⁸ Ces dérogations ont été possibles car le principe d'inaliénabilité n'a jamais reçu valeur constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel n'ayant jamais élevé ce principe au rang de principe constitutionnel a participé à l'émancipation des personnes privées souhaitant s'installer sur le domaine public, l'important étant, pour lui, d'assurer le respect des services publics et de leurs continuités.⁴³⁹

Les garanties offertes à ces personnes privées voulant exercer une activité privée sur le domaine public n'étaient pas suffisantes, d'autant plus qu'elles pouvaient perdre à tout moment leurs autorisations d'occuper le domaine public. Nous pouvons rappeler en effet, que pour être autorisé à occuper le domaine public et surtout à l'utiliser de manière privative, il faut être non seulement autorisé par la personne publique propriétaire du domaine public en question mais aussi payer une redevance tout en sachant que cette autorisation sera précaire et révocable à tout moment pour un motif d'intérêt général.

En ce qui concerne l'autorisation, la redevance et les autorisations accordées aux occupants privés, l'adoption du CGPPP n'a rien changé.⁴⁴⁰

Si d'autres dérogations législatives ont été apportées au principe de l'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public, il n'en demeure pas moins que ces autorisations sont toujours contraintes par le respect de cette affectation. En effet, les

⁴³⁷ CE, 6 mai 1985, Association Eurolat-Crédit Foncier de France, Rec. Conseil d'Etat, p. 141 ; *AJDA*, 1985, p. 620, note de E. Fatôme.

⁴³⁸ Loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, n°88-13, *JO* du 6 janvier 1988, p. 208. et loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n°94-631, *JO* du 26 juillet 1994, p. 10749.

⁴³⁹ G. Gondouin, note sous CC, 21 juillet 1994, n°94-346 DC, *AJDA*, 20 novembre 1994, p. 786.

⁴⁴⁰ L'article L. 2122-1 du CGPPP énonce : « 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 L1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous. »

L'article L. 2122-2 du même Code énonce : « L'autorisation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire. »

L'article L. 2122-3 du même Code énonce : « L'autorisation mentionnée à l'article L. 2122-1 présente un caractère précaire et révocable. »

L'article L. 2125-1 du même Code énonce : « Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L1 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. »

occupations délivrées dans un souci de valorisation des dépendances domaniales doivent être conformes ou au moins compatibles avec l'affectation de celles-ci.⁴⁴¹

L'idée que l'affectation puisse être indépendante et autonome de la propriété publique est encore une fois prouvée. Le fait que des personnes privées, particuliers ou entreprises privées, investissent et pratiquent leurs activités sur le domaine public montrent bien que la question de la possession privée d'une parcelle n'a pas de conséquence directe sur l'affectation du bien à l'utilité publique. Le législateur, à chaque fois qu'il a apporté des dérogations législatives permettant une meilleure gestion du domaine public, a eu pour principe de protéger l'affectation des dépendances domaniales. Celles-ci sont protégées car les droits réels seront toujours interdits et les autorisations refusées aux personnes privées si l'utilisation privative est non conforme ou incompatible avec l'affectation de la dépendance en question.

La valorisation du domaine public a dû entraîner une conciliation entre plusieurs principes à savoir le souci de protéger l'affectation des dépendances domaniales et celui de pallier l'insécurité des occupants privatifs du domaine public.

Cette conciliation doit permettre d'aller plus loin dans la recherche de la sécurité envers les occupants. Ainsi, certains auteurs, comme par exemple M. Querrien, propose d'accorder davantage de droits à ces occupants privatifs tout en continuant à exiger que les gestionnaires de ces dépendances demeurent vigilants sur la destination de ces dernières⁴⁴². L'un n'empêche pas l'autre. Pourtant, le recentrage s'opère sur cette notion d'affectation qui est mise en avant et qui ne doit, en aucun cas, être menacée par des intérêts privés.

Le fait d'attirer des investisseurs privés sur le domaine public n'implique pas la mort de la destination de la dépendance publique. Au contraire, l'effet inverse se produit car le législateur et les personnes publiques se recentrent sur l'essentiel, à savoir l'affectation des biens.

Encore une fois, ce mouvement de valorisation du domaine public qui a pris de l'ampleur et ne cesse de se développer tend à montrer que l'important est de préserver l'affectation. Cette notion commande ce que législateur peut et ne peut pas faire.

⁴⁴¹ L'article L. 2121-1 du même Code énonce : « Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation. »

⁴⁴² M. Querrien, « intervention au Club des opérateurs fonciers », réuni à Brest le 30 novembre 1993, *Etudes foncières*, n°62, mars 1994, p. 13.

Cette valorisation du domaine public va aussi se traduire, en pratique par une volonté de faciliter le transfert de propriété ou de gestion entre les personnes publiques. La valorisation passe aussi par l'amélioration de la circulation des biens. Cependant, qui dit circulation des biens améliorée ne signifie pas pour autant négation de la destination du bien. Bien au contraire, c'est dans le respect de cette affectation du bien à l'utilité publique que les choses vont s'opérer.

B-Des transferts de gestion aujourd'hui plus fréquents.

La facilitation des transferts de biens entre les personnes publiques est également une revendication ancienne au même titre que celle de la valorisation du domaine public et de la mise en place d'outils juridiques visant à rassurer les investisseurs privés.

La circulation des biens a été beaucoup freinée avant l'intervention du CGPPP. L'accent est moins porté sur le propriétaire du bien lui-même mais davantage sur la poursuite de l'affectation même entre des propriétaires différents.

Pour les personnes publiques, la gestion de leur patrimoine est une question importante car, il s'agit, pour elles de gérer au mieux leurs biens publics. Une partie entière du CGPPP est consacrée à la gestion des biens. Plusieurs éléments doivent être approfondis pour se rendre compte de la « respiration » apportée par l'adoption du Code.

C. Maugué, dans un article relatif à cette réforme, distingue quatre domaines dans lesquels la gestion des biens entre personnes publiques a été facilitée.⁴⁴³

Ce qui est notable, ce sont les règles de gestion facilitée ne touchant pas à la propriété publique des biens. Le code reconnaît enfin la possibilité de transferts de gestion liés à un changement d'affectation entre les personnes publiques, et non plus seulement au bénéfice de l'Etat comme cela était le cas auparavant lorsque l'article L. 35 du Code du domaine de l'Etat était en vigueur. La gestion peut se faire par une personne autre que celle qui est propriétaire

⁴⁴³ C. Maugué, « La réforme du droit des propriétés publiques et la gestion du patrimoine public », *BJCP*, n°53, p. 258.

du bien en question car ce qui compte c'est l'affectation de la dépendance que l'on suit de manière évidente. On permet simplement à une autre personne publique d'utiliser le bien conformément à son affectation.⁴⁴⁴

Certains diront comme C. Maugué que cela permet au propriétaire de rester maître de l'affectation. Il faut néanmoins relever que l'essentiel, réside dans le fait que cette affectation reste libre. Pendant toute la mise à disposition du bien par la personne publique propriétaire, rien n'empêche le bien de remplir sa mission c'est-à-dire de servir son affectation. C'est d'ailleurs cette dernière qui reste au cœur de l'action.

En ce qui concerne les superpositions d'affectation, les rapports juridiques sont clairement posés par le CGPPP.⁴⁴⁵ En effet, des conventions devront être prévues pour anticiper ce genre de situation.

Le deuxième apport du CGPPP relatif à la circulation des biens concerne la possibilité de procéder à des transferts de propriété du domaine public. Les articles L. 3112-1 et L. 3112-2 du CGPPP⁴⁴⁶, dérogent au principe d'inaliénabilité du domaine public. Ils permettent aux personnes publiques de procéder, entre elles, à des cessions à l'amiable sans procéder au déclassement préalable du bien. L'innovation principale se situe à ce niveau. Auparavant, pour que les personnes publiques puissent avoir la possibilité de vendre un bien à une autre personne publique, la situation était complexe et délicate. Il fallait procéder au déclassement

⁴⁴⁴ L'article L. 2123-3 du CGPPP énonce: « I- Les personnes publiques mentionnées à l'article L1 peuvent opérer, entre elles, un transfert de gestion des immeubles dépendant de leur domaine public pour permettre à la personne publique bénéficiaire de gérer ces immeubles en fonction de leur affectation. La durée pendant laquelle la gestion de l'immeuble est transférée peut être déterminée dans l'acte. Dès que l'immeuble transféré n'est plus utilisé conformément à l'affectation prévue au premier alinéa, l'immeuble fait retour gratuitement à la personne publique propriétaire. »

⁴⁴⁵ L'article L. 2123-7 de ce Code énonce: « Un immeuble dépendant du domaine public en raison de son affectation à un service public ou à l'usage du public, peut quelque soit la personne publique propriétaire, faire l'objet d'une ou de plusieurs affectations supplémentaires relevant de la domanialité publique dans la mesure où celle-ci sont compatibles avec ladite affectation.

La superposition d'affectations donne lieu à l'établissement d'une convention pour régler les modalités techniques et financières de gestion de cet immeuble, en fonction de la nouvelle affectation.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du présent article. »

⁴⁴⁶ L'article L. 3112-1 du CGPPP énonce : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L1, qui relèvent de leur domaine public, peuvent être cédés à l'amiable, sans déclassement préalable, entre ces personnes publiques, lorsqu'ils sont destinés à l'exercice des compétences de la personne publique qui les acquiert et relèveront de son domaine public ».

L'article L. 3112-2 du CGPPP énonce : « En vue de permettre l'amélioration des conditions d'exercice d'une mission de service public, les biens mentionnés à l'article L. 3112-1 peuvent être également échangés entre personnes publiques dans les conditions mentionnées à cet article. L'acte d'échange comporte des clauses permettant de préserver l'existence et la continuité du service public. »

préalable du bien. Dans le cas contraire, le risque était de voir la vente censurée par le juge administratif si le bien restait affecté à une utilité publique⁴⁴⁷.

L'autre solution était alors de vendre la dépendance sans la déclasser mais les personnes publiques violaient alors le principe d'inaliénabilité. Les transferts étant quasiment impossibles, ces dernières se contentaient de simples mises à disposition de biens, qui n'entraînaient pas les mêmes conséquences et obéraient leur possibilité de mise en valeur desdits biens.

Désormais, les personnes publiques peuvent céder leurs biens à l'amiable, sans déclassement préalable. Cela concerne l'ensemble des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 y compris les établissements publics ce qui est bénéfique pour eux. Le même allègement de procédure a été opéré pour les échanges d'immeuble entre les personnes publiques.

Ces nouvelles possibilités offertes aux personnes publiques ne sont pas, en ce qui concerne les transferts et les échanges, dénuées de conditions. Encore une fois, ces obligations sont justifiées par la volonté de faire respecter l'affectation des dépendances domaniales. Les dépendances ainsi cédées devront être destinées à l'exercice des compétences de la personne publique qui les acquiert.

La première condition témoigne, quant à elle, du fait que la concentration reste à son paroxysme en ce qui concerne le critère matériel qu'est l'affectation de la dépendance domaniale. Les biens transférés devront poursuivre leur affectation initiale, soit en poursuivre une nouvelle. Cela ne veut pas dire non plus que durant le laps de temps pendant lequel la parcelle en question attend de recevoir sa nouvelle affectation, par le nouveau propriétaire du bien en question, celle-ci n'est pas protégée. Au contraire, elle reste soumise au régime de la domanialité publique car elle reste affectée à une utilité publique.

L'article L. 3112-3⁴⁴⁸ du CGPPP relatif aux échanges d'immeubles met encore en avant le critère matériel. Cet article témoigne du respect dû à la protection des services publics en eux mêmes, peu importe leur propriétaire.

⁴⁴⁷ CE, 9 mai 1958, Delort, *AJDA*, 1958, II, p. 331, conclusions M. Long.

⁴⁴⁸ L'article L. 3112-3 du CGPPP énonce: « En vue de permettre l'amélioration des conditions d'exercice d'une mission de service public, les biens mentionnés à l'article L. 3112-1 peuvent être échangés, après déclassement, avec des biens appartenant à des personnes privées ou relevant du domaine privé d'une personne publique. L'acte d'échange comporte des clauses permettant de préserver l'existence et la continuité du service public. »

Le code va même autoriser les personnes publiques à procéder à des déclassements anticipés d'immeubles encore affectés à un service public. L'article L. 2141-2⁴⁴⁹ du CGPPP permet de déroger à la règle de l'interdiction de déclasser un immeuble sans désaffectation de fait du bien. Ces mesures ne bénéficient, certes, qu'à l'Etat et à ses établissements publics, ce qui est regrettable. Cela va pourtant permettre une avancée notable et une prise en compte des réalités économiques, puisque les opérations d'envergure ne seront plus retardées.

L'amélioration de la circulation des biens démontre que l'essentiel est de protéger l'affectation des biens et particulièrement celles des biens qui servent des services publics. Finalement, le propriétaire du bien en question est en retrait sur ces questions. Cela prouve que le critère matériel doit primer et qu'il n'empêche en rien une protection efficace des biens du domaine public affecté.

Notre raisonnement nous conduira à envisager que ce critère est à lui seul capable de protéger cette affectation des biens en dehors de toute idée de propriété ou d'appartenance à un domaine public.

⁴⁴⁹ L'article L. 2141-2 du CGPPP énonce : « Par dérogation à l'article L. 2141-1, le déclassé d'un immeuble appartenant au domaine public artificiel de l'Etat ou de ses établissements publics et affecté à un service public peut être prononcé dès que sa désaffectation a été décidée alors même que les nécessités du service public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassé. Ce délai ne peut être supérieur à une durée fixée par décret. Cette durée ne peut excéder trois ans. En cas de vente de l'immeuble, l'acte de vente stipule que celle-ci se résolve de plein droit si la désaffectation n'est pas intervenue dans ce délai. »

Chapitre 2 : L'affectation des biens : une justification efficace de la gestion autoritaire des biens par une autre personne que le propriétaire.

Les mutations domaniales impliquent, une gestion autoritaire des biens publics par l'Etat. L'affectation était appréhendée comme une faculté, une prérogative détachable de la qualité de propriétaire public. L'affectataire était libre, tant dans la décision du choix de départ de l'affectation, que dans sa modification en cours de temps, répondant très souvent à un changement des besoins d'utilité publique.

Les mutations domaniales, dont on va expliquer la naissance, le fonctionnement et ses enjeux, sont au contraire une manifestation de l'autorité que détient encore l'Etat sur ce pouvoir d'affectation. Cette théorie des mutations domaniales est assez paradoxale dans ses effets. Elle illustre parfaitement l'idée que l'affectation est une notion primordiale. D'une part, elle permet à l'Etat de bafouer la liberté du pouvoir affectataire que détient toute personne publique, à savoir, les collectivités territoriales ou les établissements publics. D'autre part, cette théorie montre que l'essentiel au sein du domaine public est l'affectation, qu'elle seule doit rester inaliénable.

Cette théorie sublime le critère matériel, la destination des dépendances domaniales sans accorder d'importance au propriétaire du bien en question. Cette théorie fait l'objet de nombreuses critiques qu'il faudra évoquer. (Section I)

Cependant, cette théorie persiste encore aujourd'hui parce qu'elle révèle la place centrale de la notion d'affectation. (Section II)

Section I : Les mutations domaniales : preuve de l'importance donnée à la préoccupation de l'intérêt général.

L'invention de la théorie, d'origine jurisprudentielle, des mutations domaniales répondait et répond toujours à un impératif d'utilité publique. Pour mieux comprendre l'étude de cette théorie, il faut d'abord s'attarder sur ses origines et ses justifications. L'explication de cette gestion autoritaire des biens publics va démontrer tout l'enjeu et la signification des mutations domaniales au regard des biens publics et de leur affectation. C'est en analysant les fondements et les mécanismes complexes de cette théorie (§2), que cette dernière apparaîtra comme étant au service de l'intérêt général. (§1)

§1 : La manifestation d'une prérogative exorbitante de l'Etat au nom de l'intérêt général.

Le juge administratif est à l'origine de la théorie des mutations domaniales. Il s'illustre, une nouvelle fois, comme le juge créateur de règles répondant à des besoins précis notamment celui, résultant de l'impossibilité pour les personnes publiques d'exproprier le domaine public. L'analyse des fondements de cette théorie (A) permet, d'une part, de comprendre à quel point elle est toujours utile et d'autre part qu'elle tend à répondre au besoin d'utilité publique. (B)

A-Les fondements de la théorie des mutations domaniales.

La théorie des mutations domaniales est née au début du siècle dernier dans le célèbre arrêt de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat, Ville de Paris et chemins de fer d'Orléans du 16 juillet 1909.⁴⁵⁰

Cette théorie est une création prétorienne qui montre le rôle fondamental du juge administratif et notamment en droit public des biens. Le juge a ainsi comblé l'une des lacunes du droit des biens publics à savoir l'interdiction de procéder à une expropriation des biens du domaine public des personnes publiques. Cette interdiction découle elle-même du régime de la domanialité publique. Celui-ci s'illustre par deux règles dont l'une est l'inaliénabilité du domaine public et l'autre l'imprescriptibilité. Mais, seule la première retiendra notre attention. Ce principe d'inaliénabilité commande que les biens composant le domaine public ne puissent faire l'objet d'une aliénation volontaire ou forcée. L'expropriation entre ainsi dans le champ d'application de cette interdiction.

Par conséquent, cette procédure fondamentale et nécessaire étant interdite, la jurisprudence a contourné ce problème et toléré ce transfert de biens autoritaires. Cette théorie est importante, car cette interdiction de l'expropriation est toujours en vigueur sur le domaine public des personnes publiques.

Si l'on veut définir les mutations domaniales, il faut se pencher sur le terme « mutation ». A se référer au lexique des termes juridiques⁴⁵¹, la mutation désigne « le transfert d'un droit (surtout d'un droit réel) d'une personne à une autre ; désigne aussi bien le changement de titulaire du droit qui en résulte que l'opération qui produit ce changement, laquelle peut être volontaire (cession amiable) ou forcée (expropriation), à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort. » Il s'agit, ici, d'un transfert forcé puisque les cessions de biens à l'amiable ou par contrat ont été vues dans le précédent chapitre. Attention, toutefois, en ce qui concerne les mutations domaniales, il n'y a pas de changement de propriétaire du bien qui s'opère, mais seulement un changement d'affectation autoritaire.

⁴⁵⁰ G. Teissier, conclusions sur CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, Rec. Conseil d'Etat, p. 707 ; D. 1911, III, p. 73 ; M. Hauriou, note sous CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, S. 1909, III, p. 97.

⁴⁵¹ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, édition n°9, 2011 : entrée mutation.

La mutation domaniale désigne le changement d'affectation autoritaire d'une dépendance du domaine public. Les personnes publiques qui vont subir cette mutation décidée par l'Etat ne sont pas consentantes. C'est une décision qui s'impose à elles et qu'elles devront accepter sans même être indemnisées. Cette théorie illustre plus largement les pouvoirs exorbitants de l'Etat notamment en droit des biens publics. Tout comme les mutations domaniales, l'Etat possède des pouvoirs extrêmes comme en matière d'expropriation ou de réquisition de biens. C'est l'illustration de pouvoirs qui sont dérogoratoires au droit commun mais qui servent l'intérêt général. De simples particuliers ne pourraient pas en être munis.

Pour éviter toutes confusions, il faut d'ores et déjà préciser que ces mutations domaniales n'opèrent pas de transfert de propriété. Elles ne font que modifier l'affectation. Autrement dit, le pouvoir d'affectation passe des mains du propriétaire du bien, qui reste propriétaire, à une autre personne, non propriétaire du bien mais seulement gestionnaire. Ce changement autoritaire d'affectation a pour effet de priver le propriétaire en question du libre usage de son bien. Or, on a vu dans le précédent chapitre, que le pouvoir d'affectation est en réalité relativement autonome de celui du propriétaire. Ces deux pouvoirs étaient clairement identifiables. Nous n'allons pas remettre en question nos développements précédents mais aboutir au même constat. Il peut sembler paradoxal que la théorie des mutations domaniales puisse illustrer le renforcement du détachement entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation. Et pourtant, au fil de la démonstration, on verra que c'est l'une des conséquences principales de cette théorie, militant en faveur du renforcement de la notion d'affectation.

Pour cela, il faut revenir aux fondements de la création de cette théorie. Les fondements sont multiples mais l'élément central qui va dominer est que l'Etat, va être considéré comme le garant de l'intérêt général. Cette entité juridique suprême, pleinement indépendante et jouissant de tous les droits possibles va incarner la volonté générale. Cette dernière se traduit en droit des biens publics par la manifestation de l'utilité publique, aussi bien à l'usage direct du public que vis-à-vis des services publics. Cette théorie des mutations domaniales, en autorisant l'Etat à procéder à de tels transferts autoritaires d'affectation, va faire de ce dernier le gardien de cette affectation. Au besoin, il se voit ainsi attribuer les pouvoirs de décider souverainement et unilatéralement du sort de ce pouvoir d'affectation, dans des cas particuliers. Cette théorie ne constitue pas un moyen de gestion quotidien des biens publics. De nos jours, elle n'est mise en œuvre qu'avec parcimonie par l'Etat car les conséquences de son utilisation sont lourdes.

La théorie des mutations domaniales va permettre à l'Etat de procéder à des changements d'affectation qui vont avoir pour conséquence de transférer un bien d'une collectivité à une autre. L'Etat se permet de modifier l'affectation, donnée par une collectivité publique, sans se préoccuper des besoins de celle-ci. En effet, l'Etat affecte le bien en question à une autre personne publique qui en a besoin. L'Etat procède à ce changement autoritaire d'affectation sans passer par une procédure d'expropriation puisque cela est interdit, ni même par une cession du bien en question. Il n'est procédé à aucune aliénation de la propriété de la collectivité qui se voit pourtant dépossédée de l'affectation de son bien. Un avis du conseil d'Etat résume parfaitement cette idée⁴⁵². Il énonce que la théorie des mutations domaniales permet à l'Etat de procéder à un tel changement « sans que la propriété d'aucune partie du domaine public d'une collectivité publique soit aliénée, celui-ci peut recevoir, dans un intérêt public, une affectation différente. »

L'Etat va pouvoir procéder, sans procédure de déclassement ni transfert de propriété à un changement d'affectation à la condition tout de même qu'un motif d'intérêt général soit déclaré. L'Etat dispose à ce titre d'un droit général lui permettant à tout moment de changer les affectations des biens domaniaux. Ce droit a été considéré comme l'un des principes généraux du domaine public à l'occasion d'un arrêt récent, réaffirmant la survivance de la théorie des mutations domaniales.⁴⁵³ On peut d'ailleurs citer le passage en question où l'Etat, représenté par le Premier Ministre ou les ministres intéressés peut, en « vertu des principes généraux qui régissent le domaine public », décider, « pour un motif d'intérêt général de procéder à un changement d'affectation d'une dépendance du domaine public d'une collectivité territoriale. » Ce pouvoir fait partie des principes généraux qui régissent le domaine public. Ceux-ci ne sont pas écrits, mais ont une valeur juridique considérable. En effet, ces principes entrent directement en concurrence avec des dispositions législatives⁴⁵⁴. Cette théorie survit malgré la présence de dispositions législatives concurrentes.

Les mutations domaniales illustrent parfaitement l'idée que l'Etat reste le plus apte à organiser les intérêts de la société. Il peut avoir une vue plus générale et trancher face aux attentes de la population. Il peut imposer un choix national plutôt que local. L'Etat représente l'intérêt général, la volonté de la Nation et cette dernière devance les différents intérêts locaux qui sont en concurrence. Ce pouvoir détenu par l'Etat est résumé par R. Chapus⁴⁵⁵ lorsqu'il

⁴⁵² CE, Avis, 27 janvier 1977, n°518-858.

⁴⁵³ M. Guyomar, conclusions sur CE, 23 juin 2004, Commune de Proville, *BJCL*, n°2, 2005, p. 103 à 110.

⁴⁵⁴ Comme on le découvrira par la suite dans le cas d'espèce de la jurisprudence Commune de Proville.

⁴⁵⁵ R. Chapus, *Droit administratif Général*, T. 2, 15^{ème} édition, 2001, p. 413.

décrit les mutations domaniales : « ce qui, en matière de changements d'affectation et transferts de gestion, est particulièrement remarquable, tient au pouvoir de l'Etat de s'affranchir de la répartition des dépendances du domaine public entre les diverses personnes publiques propriétaires et des conséquences normales de cette répartition. »

L'Etat peut passer outre la répartition naturelle ou artificielle des biens publics entre les différentes personnes publiques. Si, en principe, ce pouvoir est limité pour l'Etat lorsque l'on est en présence de biens appartenant au domaine privé, la situation est différente en présence de biens appartenant au domaine public. Sur le domaine privé, si l'Etat veut procéder à une opération d'intérêt général et qu'il veut modifier la fonction d'un bien, il devra effectuer une expropriation pour cause d'utilité publique. Cette procédure qui, certes met en œuvre une prérogative exorbitante de l'Etat, est soumise à un contrôle rigoureux par le juge administratif. De plus, une indemnisation de la collectivité propriétaire sera attribuée par le juge judiciaire en raison d'une atteinte au droit de propriété.

La situation sera radicalement différente si l'on rencontre des biens appartenant à des personnes publiques qui se trouvent incorporés à leur domaine public. L'Etat pourra au nom de l'intérêt général et pour un projet qui dépasse les intérêts particuliers de chaque collectivité, décider de modifier l'affectation d'une dépendance. En aucun cas, il ne pourra le faire par une procédure d'expropriation car cette procédure est interdite sur le domaine public en vertu de la règle d'inaliénabilité du domaine public.⁴⁵⁶ La théorie des mutations domaniales lui offre cette faculté assez ingénieuse, même si aucune indemnité ne sera allouée aux collectivités publiques propriétaires en question. L'Etat apparaît comme le régulateur essentiel de l'utilisation des biens du domaine public des personnes publiques. Derrière cette utilisation, c'est l'affectation qui se cache et c'est l'Etat qui au fond régule en dernier ressort cette affectation à l'utilité publique afin de répondre au mieux aux exigences de l'intérêt général.

Garant de cet intérêt général et de cette affectation, l'Etat semble protéger l'affectation en raison de l'importance de celle-ci. Il ne se préoccupe pas de l'atteinte portée à la propriété des personnes publiques en question. Une telle position fait l'objet de vives critiques.

Ces critiques, que nous étudierons, ne font pourtant pas disparaître cette théorie qui est, de nos jours, réaffirmée et justifiée.

⁴⁵⁶ L'article L. 3111-1 du CGPPP énonce : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles. »

B-L'utilité et les manifestations de la théorie des mutations domaniales : une théorie justifiée.

On peut se demander quelle est l'utilité de la théorie des mutations domaniales. Nous soulignerons que, cette théorie a été, récemment, réaffirmée par le Code Général de la propriété des personnes publiques. Pour savoir si celle-ci est légitime, il faut observer ses différentes manifestations, notamment à travers l'étude de la jurisprudence.

Le constat semble assez évident, puisque la théorie des mutations domaniales n'a engendré que peu de contentieux. Le premier concerne l'affaire mettant en cause la ville de Paris qui a donné naissance à la théorie des mutations domaniales. D'autres contentieux concernent également les mutations domaniales comme, par exemple, l'arrêt du Conseil d'Etat, 13 mars 1925, Ville de Paris contre chemins de fer d'Orléans⁴⁵⁷. Quelques années plus tard, le 26 mars 1930, le Conseil d'Etat dans son arrêt Verliac⁴⁵⁸ fait de nouveau application de la théorie des mutations domaniales. Il faudra ensuite plusieurs années pour qu'une affaire soit de nouveau jugée, le 20 février 1981, Association pour la protection du site du Vieux-Pornichet⁴⁵⁹ et le 22 décembre 1984, Commune de Thiais⁴⁶⁰ et tout récemment une jurisprudence du Conseil d'Etat du 23 juin 2004, Commune de Provillat⁴⁶¹.

Cette dernière jurisprudence ainsi que l'adoption du CGPPP confirment que cette théorie n'est pas obsolète.

Le paradoxe est que cette théorie persiste en l'absence de fondement législatif. Il existe bien sûr des dispositifs parallèles comme le décret loi du 5 juin 1940, mais celui-ci n'a qu'une valeur réglementaire. Ce décret-loi de 1940, a d'ailleurs été implicitement abrogé par l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958⁴⁶². Cela dit, cette abrogation n'a pas eu pour effet de provoquer la disparition de la théorie des mutations domaniales. Cette invention prétorienne, née au début du vingtième siècle, perdure logiquement après la disparition d'un texte ayant une valeur juridique même abrogé. Cette théorie n'a pas besoin d'une confirmation par un texte juridique pour perdurer. Le Conseil d'Etat a même décidé, dans un avis publié en date du 19 mars 2002, qu'« il était toujours loisible à l'Etat de faire usage de la

⁴⁵⁷ CE, 13 mars 1925, Ville de Paris contre chemins de fer d'Orléans, *D.* 1926, III, 37, conclusions Rivet.

⁴⁵⁸ CE, 26 mars 1930, Verliac, *Rec. Conseil d'Etat* p. 341.

⁴⁵⁹ CE, 20 février 1981, Association pour la protection du site du Vieux- Pornichet, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 94.

⁴⁶⁰ P. Bon, 13 janvier 1984, Commune de Thiais, *D.* 1984, p. 605.

⁴⁶¹ Cf. *supra* note n°453.

⁴⁶² N. Foulquier, « Les mutations domaniales et les principes constitutionnels », *AJDA*, 1997, p. 828.

procédure des mutations domaniales [...] qui permet, sans que la propriété d'aucune partie du domaine public d'une personne publique soit aliénée, que ce domaine reçoive, dans un intérêt public, une affectation déterminée. »⁴⁶³.

La remise en cause partielle de la théorie des mutations domaniales s'est principalement manifestée lors de la codification de l'article L. 11-8 du code de l'expropriation, issu de l'article 145 de la loi du 27 février 2002⁴⁶⁴. Le troisième alinéa de l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation dispose aussi que « l'arrêté de cessibilité emporte transfert de gestion des dépendances du domaine de la personne publique propriétaire autre que l'Etat au profit du bénéficiaire de l'acte déclaratif d'utilité publique, pris conformément à l'article L. 11-2. »

Néanmoins, l'application de cet article s'est posée dans le cas d'espèce de l'arrêt, commune de Proville, rendu par le Conseil d'Etat sur cette affaire. En l'espèce, les faits sont relativement simples. Une rocade devait être construite autour de la ville de Cambrai et pour permettre les travaux, une enquête publique a été lancée. Cette dernière révéla le projet favorable et le Préfet du Nord compétent en l'espèce, prit l'arrêté de déclaration d'utilité publique du projet. Pour réaliser ces travaux, dans l'enquête parcellaire, il s'est avéré qu'il fallait changer l'affectation d'une des parcelles incluses dans l'enquête parcellaire. Pourtant, cette dernière faisait partie du domaine public communal depuis une délibération du Conseil municipal de la ville de Proville du 4 avril 2000. L'arrêté de cessibilité a ensuite été pris par le Préfet du Nord, mais le TGI refuse de prendre l'ordonnance d'expropriation. Le préfet retira son arrêté de cessibilité le 18 juillet 2002, mais le Premier Ministre de l'époque prit, par décret du 6 décembre 2002, la décision de procéder au transfert d'affectation de la parcelle litigieuse du domaine public communal. La commune de Proville contesta le décret du Premier Ministre au motif que l'Etat, représenté par le Premier Ministre, n'était pas compétent pour prononcer un tel changement de l'affectation de la parcelle.

En l'espèce, la réponse du Conseil d'Etat est claire : le décret du Premier Ministre est légal et confirme ainsi toute la vigueur de la théorie de mutations domaniales. Le fondement juridique du décret du 6 décembre 2002 est illustré par les articles L. 35⁴⁶⁵ et R. 58⁴⁶⁶ du Code du

⁴⁶³ CE, section de l'intérieur, avis, 19 mars 2002.

⁴⁶⁴ Loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, n° 2002-276, JO, 28 février 2002, p. 3808.

⁴⁶⁵ L'article L. 35 du Code du domaine de l'Etat énonce : « Pour les transferts de gestion des immeubles dépendant du domaine public, dont la destination est modifiée, la remise est autorisée dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

⁴⁶⁶ L'article R. 58 du Code du domaine de l'Etat énonce : « La remise, prévue à l'article L. 35, des immeubles du domaine public dont la destination est modifiée, est autorisée par le préfet, après avis du directeur départemental

domaine de l'Etat. Ces derniers étant eux mêmes une reprise de l'article 16 du décret-loi du 5 juin 1940 remplacé par le décret n°86-455 du 14 mars 1986⁴⁶⁷.

Ce qui est remarquable dans cet arrêt, est le fait que le Conseil d'Etat écarte le fondement juridique du décret pris par le premier ministre. La Haute Juridiction indique certes que ce décret aurait pu trouver son fondement dans ces textes, mais le commissaire du Gouvernement⁴⁶⁸ dans ses conclusions dispose que « le fondement du pouvoir de l'Etat en de telles hypothèses, réside dans le droit éminent qu'il possède, en qualité de dépositaire de l'intérêt général, sur le domaine public. » Il écarte ainsi une disposition législative au profit de la théorie prétorienne des mutations domaniales. Au surplus, il exclut également le III de l'article 145 de la loi du 27 février 2002 qui a introduit l'article L. 11-8. Cet article prévoit que « l'arrêté de cessibilité emporte transfert de gestion des dépendances du domaine public de la personne publique propriétaire autre que l'Etat au profit du bénéficiaire de l'acte déclaratif d'utilité publique, pris conformément à l'article L. 11-2 ». Le Conseil d'Etat adopte une attitude similaire à celle décrite auparavant. Il ne dit pas que cet article ne pourrait pas s'appliquer en l'espèce, surtout que cette disposition n'avait ni pour objet ni pour effet de priver le Premier Ministre ou les ministres intéressés du pouvoir qu'ils tiennent des principes généraux du domaine public de décider pour un motif d'intérêt général de procéder à un changement d'affectation d'une dépendance du domaine public d'une collectivité territoriale. Il s'agit pour le Conseil d'Etat, de réaffirmer l'autonomie de la théorie des mutations domaniales par rapport aux différents régimes juridiques décrit par la loi. Cette dernière n'est pas éclipsée par les différents régimes juridiques existants décrits auparavant. Certes, ces régimes juridiques peuvent servir dans certains cas, mais ils n'ont pas pour effet de paralyser l'action de la théorie des mutations domaniales, qui existe sans fondement textuel et qui peut s'appliquer si l'Etat en justifie son recours par un intérêt général supérieur et impérieux.

des impôts chargé du domaine. Lorsque cette remise donne lieu au versement d'une indemnité par le service ou la collectivité bénéficiaire, ledit directeur fixe les conditions financières de l'opération. En cas de désaccords entre les services ou collectivités intéressées, l'autorisation est donnée : par le ministre des finances, lorsque la divergence d'appréciation porte sur les conditions financières de l'opération ; par le Premier ministre en cas de désaccord d'une autre nature, après avis de la commission régionale des opérations immobilières, de l'architecture et des espaces protégés compétente ou de la commission nationale des opérations immobilières, de l'architecture et de l'architecture lorsque le premier ministre de sa propre initiative ou à la demande d'un ministre, du préfet de la région, du préfet d'un département d'outre mer ou du président de la commission nationale décide de lui soumettre l'opération en raison de son intérêt exceptionnel. »

⁴⁶⁷ Décret du 14 mars 1986 relatif à la suppression des commissions des opérations immobilières et de l'architecture et modalités de consultation du service des domaines, n°86-455, *JO*, 16 mars 1986, p. 4278.

⁴⁶⁸ Cf. *supra* note n°453.

Cette autonomie de la théorie des mutations domaniales témoigne de son utilité. Elle permet à l'Etat pour un motif supérieur, au nom de l'utilité publique, de décider unilatéralement de l'affectation des dépendances domaniales des collectivités territoriales. Si le législateur a tenté de substituer à cette théorie des dispositifs législatifs, cela n'a pas empêché ce besoin d'y recourir à tout moment sans utiliser une disposition législative mais en prenant simplement appui sur les fondements des mutations domaniales.

A propos de la réaffirmation de l'autonomie de la théorie des mutations domaniales par le Conseil d'Etat en 2004, un auteur⁴⁶⁹ soulignait que la construction de cette théorie était avant tout une attente pratique et avait une utilité sur le terrain. Il cite à ce propos Marcel Waline, qui dans sa thèse sur les mutations domaniales, énonçait que les mutations domaniales sont « une solution ingénieuse [qui] aplanit bien des difficultés pratiques. »⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ C. Landais, F. Lenica, « La théorie des mutations domaniales n'est pas écornée par le nouvel article L11-8 du code de l'expropriation », *AJDA*, 15 novembre 2004, p. 2148.

⁴⁷⁰ M. Waline, *Les mutations domaniales. Etude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, thèse, Paris, Jouve, 1925, p. 172.

§2- L'évolution de la théorie des mutations domaniales.

Il faut comprendre les critiques émises depuis longtemps à propos de cette théorie des mutations domaniales qui s'oppose à la reconnaissance tout simplement d'une décentralisation en France. Ces critiques si vives, qui pour certaines sont toujours d'actualité, même après l'entrée en vigueur du CGPPP (B), sont fondées sur le fait que cette théorie apparaît comme une intrus en droit des biens publics. Plus spécifiquement, elle heurte l'autonomie et la libre gestion des collectivités territoriales de leurs domaines publics et de l'affectation de leurs dépendances. (A)

Ces multiples critiques doivent être analysées pour prendre la mesure du pouvoir immense dont dispose l'Etat, lorsqu'il emploie la procédure des mutations domaniales.

De nouveau, l'enjeu consiste à montrer qu'au nom de la préservation et de l'importance de l'affectation, la théorie des mutations domaniales demeure essentielle. Elle l'emporte sur des principes fondamentaux.

A-L'existence de la théorie des mutations domaniales avant la réforme du droit des biens publics.

La théorie des mutations domaniales est la manifestation du fort pouvoir que détient l'Etat sur le contrôle de l'affectation des biens en général. Comme chacun des pouvoirs exorbitants de l'Etat, celui-ci est contesté. Proche de la théorie des mutations domaniales mais n'entraînant pas de changement de propriétaire, le recours à l'expropriation dans un but d'utilité publique est un pouvoir exorbitant de l'Etat souvent critiqué. On reproche à l'Etat de mettre en œuvre une procédure longue, onéreuse et opaque, assortie d'indemnisations souvent peu satisfaisantes pour les propriétaires privés et déchus de leur droit. On pourrait multiplier les exemples où l'Etat agit en tant que puissance publique, comme l'exercice de son pouvoir de police ou le fait de pouvoir résilier unilatéralement un contrat administratif si un motif le

lui permet. La décision de recourir et d'utiliser la mutation domaniale pour l'Etat n'est pas anodine. Elle est sujette à des mécontentements. Ces différentes critiques doivent être soulignées si l'on veut saisir les soubassements qui se cachent derrière cette théorie.

La première des critiques, et sans doute la plus ancienne, vient du fait que l'Etat, maître de l'affectation, semble remettre en cause le droit de propriété publique reconnu aux collectivités territoriales. La théorie des mutations domaniales entre en contradiction avec la théorie de la propriété publique aujourd'hui totalement reconnue⁴⁷¹. Il ne s'agit, ni d'une négation ni d'une remise en cause du droit de propriété, mais l'*usus* du propriétaire est atteint par l'effet de la mutation domaniale. En effet, c'est l'Etat qui décide unilatéralement de modifier l'affectation d'une dépendance.

Quel que soit le choix théorique qui gouverne la théorie de la propriété, celle-ci entre en contradiction avec la théorie des mutations domaniales. En mettant en œuvre son pouvoir, l'Etat porte plus ou moins atteinte au droit de propriété des collectivités territoriales pourtant protégé. L'effet de la théorie des mutations domaniales est de priver une personne publique du libre usage de sa dépendance domaniale. Depuis plusieurs années, la propriété publique semble recevoir une attention particulière du législateur notamment, et du Conseil Constitutionnel. Ce dernier a jugé le 25 et 26 juin 1986⁴⁷², que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'appliquait à la propriété des personnes publiques. Par conséquent, les personnes publiques vont recevoir la même protection que les personnes privées. En 1994⁴⁷³, le Conseil Constitutionnel a réitéré sa position quant à la protection qu'il accorde à la propriété des collectivités territoriales. Il énonce, que « les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques ». Il sous-entend que ces dispositions « font obstacle à ce que le domaine public puisse grever de droits réels, sans contrepartie appropriée, eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté ». Comme tout propriétaire, les personnes publiques sont protégées contre toute dépossession arbitraire de leur droit.

⁴⁷¹ P. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, voir la p. 182 et s.

⁴⁷² CC, 25 et 26 juin 1986, n°86-207 DC, recueil p. 61.

⁴⁷³ CC, 21 juillet 1994, n°94-346 DC, recueil p. 96, *RFDA*, 1994, p. 814.

Aussi, une des revendications majeures des détracteurs de la théorie des mutations domaniales, était le droit à une indemnité juste en raison du préjudice subi par la dépossession. L'Etat ne compensait rien car pour les défenseurs de l'Etat unitaire, de la théorie du domaine éminent, il n'y avait pas eu de dépossession mais seulement un transfert de gestion des domaines. La demande d'une révision du régime des mutations domaniales s'est faite sentir, lorsque les collectivités territoriales se retrouvaient dépossédées de leurs parcelles. *A contrario*, les partisans de la théorie des mutations domaniales défendaient la réalité en prouvant qu'il ne s'agissait pas d'une réelle dépossession de leurs parcelles, mais seulement d'un transfert de gestion au profit de l'Etat. D'après eux, ce n'était en rien comparable à une expropriation où un transfert de propriété est opéré. Il ne s'agit en fin de compte que de faire supporter à cette collectivité une servitude d'utilité publique, qui sans doute ne sera que temporaire. Le refus d'indemniser les personnes publiques propriétaires en question, était ainsi fondé sur la distinction opérée entre le pouvoir d'affectation et le droit du propriétaire. Nous avons vu précédemment la nécessité de distinguer ces deux pouvoirs. Appuyé sur le constat que le pouvoir d'affectation n'était pas affecté par la théorie des mutations domaniales, la jurisprudence n'a pas jugé opportun de devoir indemniser les collectivités territoriales. Le droit à réparation ne pouvait pas s'exercer, car le principe d'inaliénabilité du domaine public n'est pas violé. En effet, n'étant pas une dépossession du droit de propriété mais seulement du pouvoir d'affectation, certes involontaire, la comparaison avec l'indemnisation pour cause d'expropriation n'était pas due.

Outre la critique relative au refus de l'indemnisation et son atteinte au droit de propriété reconnu constitutionnellement, les opposants aux mutations domaniales ont aussi allégué un autre principe à valeur constitutionnelle à savoir le principe de la libre administration des collectivités territoriales. Ce principe exprime la décentralisation du pouvoir et des compétences en France depuis les lois de 1982 et 1983⁴⁷⁴. En leur donnant une autonomie en matière financière et dans certaines compétences, l'Etat a reconnu et attribué aux collectivités

⁴⁷⁴ Loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, départements et des régions, n°82-213, *JO* du 3 mars 1982, p. 730.

Loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les collectivités locales et l'Etat, *JO* du 09 janvier 1983, p. 215 ; loi du 22 juillet 1983, complétant la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, *JO* du 23 juillet 1983, p. 2286.

Loi constitutionnelle du 28 mars 2003, relative à l'organisation décentralisée de la République consacrant le principe de la décentralisation, n°2003-276, *JO* du 29 mars 2003, p. 5568.

Loi du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, n°2004-809, *JO* du 17 août 2004, p. 14545.

Loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, n°2010-1563, *JO* du 17 décembre 2010, p. 22146.

territoriales des moyens humains et matériels pour accomplir leurs missions. Parmi ces moyens matériels, ces collectivités ont été reconnues très tôt comme propriétaire d'un domaine public. A partir du moment où ce pouvoir et cette libre gestion a été accordée, il paraît insensé que l'Etat puisse remettre cela en cause indéfiniment et de manière arbitraire. Les partisans de la décentralisation et les adversaires de ces mutations domaniales ont démontré que l'Etat, en procédant ainsi, violaient les droits des collectivités territoriales. Cette opération niait purement et simplement la libre administration des collectivités territoriales en procédant en réalité à une expropriation de fait. A l'exception de ce qui se passe en matière d'expropriation où le propriétaire privé subi un transfert et une dépossession totale de son droit de propriété, en matière de mutations domaniales, il n'y a que ce non transfert de propriété qui est absent. Pour le reste, et notamment *l'usus* et le *fructus*, les collectivités publiques en sont privées. Elles sont, de toute évidence, fondées à demander un dédommagement pour cet empiètement autoritaire de la part de l'Etat. Certes, le fondement constitutionnel d'une indemnisation juste et préalable ne doit s'effectuer que si un transfert de propriété a lieu. L'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen précise que tous les attributs du droit de propriété doivent être ôtés au titulaire d'un droit de propriété pour prétendre à cette indemnisation. Pourtant tel n'a pas toujours été le point de vue de la jurisprudence et notamment celui du Conseil Constitutionnel. Il a en effet déjà considéré que même en l'absence d'atteinte au droit de propriété, il y avait tout de même « atteinte contraire à la Constitution »⁴⁷⁵ et parfois « entrave à l'exercice de droits et libertés constitutionnellement garantis »⁴⁷⁶.

Le Conseil Constitutionnel, à en juger par ces jurisprudences qui certes ne concernent pas les mutations domaniales, a pu déduire qu'un non dédommagement serait contraire au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales.⁴⁷⁷ L'instauration du principe de l'indemnisation serait un moyen de mettre en conformité la théorie des mutations domaniales au bloc de constitutionnalité.

Plusieurs collectivités territoriales ont déjà tenté des actions en réparation du dommage causé par cette dépossession de l'affectation d'une parcelle du domaine public, mais toutes ont échoué. Aucune d'entre elles ne peut prétendre à une indemnisation pour dépossession à la

⁴⁷⁵ CC, 26 juillet 1984, n°84-172 DC, recueil p. 45, *RDP* 1986, p. 395.

⁴⁷⁶ CC, 13 mars 1985, n°85-198 DC, considérant n° 9, *AJDA* 1986, p. 171.

⁴⁷⁷ Article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; CE, Section, 18 janvier 2001, Comme de Venelles et Morbelli, Rec. Conseil d'Etat p. 18 : arrêt énonçant la libre administration des collectivités territoriales est une liberté fondamentale.

suite d'une procédure opérant une mutation domaniale. La situation a heureusement évolué avec l'adoption du CGPPP, mais jusqu'en 2006 la situation était celle décrite ci-dessus. Certaines collectivités ont tenté de faire réparer leur dommage sur un autre fondement. Ces dernières prétendaient à juste titre être lésées non seulement par le fait que l'Etat leur ôtait la jouissance de leur dépendance domaniale qu'il ne voulait pas entendre. Mais, elles démontrèrent également que leur dépendance avait une valeur économique incontestable et qu'il y avait là un manque à gagner flagrant. Ces arguments sont à rattacher à la prise de conscience dans les années quatre-vingts que le domaine public était une richesse économique et qu'il fallait le valoriser. Les collectivités territoriales ont su alors tirer profit de cette prise de conscience en essayant de gérer au mieux leurs dépendances domaniales. Cette valorisation économique, est encore d'actualité même si les techniques permettant d'atteindre ce but se sont diversifiées.

Les personnes publiques ont alors invoqué des préjudices spéciaux tels que la réparation pour dommage de travaux publics pour obtenir réparation⁴⁷⁸. Le préjudice, dans ce cas, résulte alors de la privation dont est victime la personne publique de son bien en application d'une mutation domaniale de l'Etat. Dès lors, elle se trouve privée des revenus que pouvait lui apporter cette parcelle. Cette thèse a déjà été soulevée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de 1925, *Ville de Paris contre Compagnie du chemin de fer d'Orléans*⁴⁷⁹.

Dès 1909, le commissaire du gouvernement, G.Teissier avait présenté des conclusions illustrant l'impossibilité d'indemniser la commune qui demeurait propriétaire de son terrain. Cependant, il s'interroge sur le problème de savoir si une indemnisation ne serait pas possible à un autre titre. Le commissaire examine : « si ce changement lui a causé un dommage ? ». Pour cela, il envisage deux solutions : « Ou bien le dommage résulte du seul fait du passage d'un domaine public dans un autre, et alors c'est un dommage résultant d'un acte administratif dont les conséquences préjudiciables doivent être débattues devant le Conseil d'Etat. Ou c'est parce que le changement d'affectation a nécessité des travaux qui ont fait tort à la ville, et alors celle-ci doit réclamer la réparation du tort qui lui est fait devant le conseil de préfecture. » Le commissaire, dans ses conclusions conformes, en déduit que les dommages que la ville de Paris a pu subir sont engendrés par des travaux publics. Dès lors, le juge des dommages de travaux publics est compétent, en l'espèce, le conseil de Préfecture. Il n'exclut

⁴⁷⁸ B. Tardivel, « L'indépassable théorie des mutations domaniales », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1214.

⁴⁷⁹ Cf. *supra* note n°457.

pas un possible dédommagement de la ville de Paris mais sur un autre fondement que la perte de la parcelle en raison d'une mutation domaniale.

Cela dit, ces cas sont très isolés et le principe demeure que les collectivités territoriales dépossédées n'ont aucune compensation financière.

A l'heure où s'opère une nouvelle décentralisation, nous pouvons nous satisfaire de l'intervention du législateur. En se libérant petit à petit du carcan de l'Etat, de son poids et des contraintes qu'il fait peser sur les collectivités territoriales, ces dernières ne pouvaient pas plus accepter de tels agissements de la part de l'Etat, même pour une cause d'utilité publique.

Avec la progressive constitutionnalisation du droit de propriété, une théorie des mutations domaniales qui ne trouve pas de fondement législatif, la position semblait de moins en moins tolérable. Un soupçon d'inconstitutionnalité pesait sur cette théorie. En effet, cette dernière a comme conséquence une non indemnisation des personnes publiques victimes de cette mutation forcée de leur parcelle. Or, cela viole le droit de propriété des personnes publiques, le principe de libre administration des collectivités territoriales et aussi celui d'égalité des citoyens devant les charges publiques⁴⁸⁰. Le législateur est intervenu, en partie, pour remédier à cette situation. Toutefois, celui-ci confirme cette théorie mais prévoit un système d'indemnisation dans certains cas. L'article L. 11-8 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit notamment que lorsqu'une dépendance d'un domaine public se trouve dans le champ d'une expropriation, l'Etat peut modifier l'affectation de cette dépendance, à condition d'en indemniser le propriétaire. Le CGPPP a généralisé le droit à indemnisation des personnes publiques concernées, pour se conformer notamment aux exigences constitutionnelles.

Il s'agit alors de s'intéresser à ce nouvel état du droit positif afin de comprendre les changements opérés et s'il y a encore des lacunes, même après cette codification.

⁴⁸⁰ Cf. *supra* note n°462.

B-L'existence de la théorie après l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques.

Malgré l'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques, la théorie des mutations domaniales est toujours en vigueur. On peut s'étonner de cette consécration car le Code Général de la propriété des personnes publiques a souvent été présenté comme un code privilégiant une « vision propriétaire », une approche du droit des biens par la propriété publique. En effet, dans le rapport du Président de la République⁴⁸¹ paru à la suite de l'adoption de l'ordonnance de 2006, transparaît la satisfaction d'avoir adopté un code cohérent optant pour une approche par la propriété publique. Pourtant, d'importantes nuances s'imposent puisque l'adoption de ce code n'a pas empêché les mutations domaniales de se voir consacrer.

Paradoxalement, le Code tolère les mutations domaniales pourtant aux antipodes de la volonté du législateur délégué de 2006. Cette consécration sera néanmoins assortie d'une nouveauté : l'introduction d'un mécanisme d'indemnisation. Ce transfert de gestion forcée se trouve consacré à l'article L. 2123-4 du CGPPP⁴⁸². Le principe de l'inaliénabilité du domaine public toujours en vigueur et réaffirmé à l'article L. 3111-1 du CGPPP justifie la codification de cette théorie. Aussi, pour ne pas compromettre des projets d'intérêt général mis en œuvre par l'Etat et pour tous les motifs cités auparavant, ce transfert de gestion de dépendances domaniales a été consacré. Cette épée de Damoclès qui pèse sur les collectivités publiques concernées est un moyen pour l'Etat de les contraindre lorsque ces dernières répugnent à coopérer.

Cette théorie ayant essuyé de multiples critiques, on s'attendait à une réaction assez vive de la part du législateur pour faire taire la plupart d'entre elles. Il n'y a pas eu de révolution sur ce

⁴⁸¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code Général de la propriété des personnes publiques, *JO* du 22 avril 2006, p. 6024. (Annexe 1 du CGPPP, 2010, Litec, p. 497).

⁴⁸² L'article L. 2123-4 du CGPPP énonce que : « Lorsqu'un motif d'intérêt général justifie de modifier l'affectation de dépendances du domaine public appartenant à une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public, l'Etat, peut, pour la durée correspondant à la nouvelle affectation, procéder à cette modification en l'absence d'accord de cette personne publique. Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du présent article. » Les articles R. 2123-12 et R. 2123-13 du CGPPP précise désormais la procédure de mutation domaniale à suivre.

point, exception faite de la possibilité d'indemniser les personnes publiques victimes d'un préjudice lors de cette dépossession.⁴⁸³

S'agissant de ce problème de l'indemnisation en cas de mutations domaniales, les détracteurs de cette théorie n'ont pas vu leurs attentes satisfaites. En effet, ce n'est pas tant l'utilisation de ce procédé autoritaire qui est indemnisée, mais l'éventualité d'un ou plusieurs préjudices commis après l'opération du transfert de gestion forcée. La lecture de l'article L. 2123-6 le montre bien. Ce transfert autoritaire subi par les personnes publiques concernées est réalisé à titre gratuit. Le bénéficiaire de cette procédure n'a pas à verser un prix à la personne déchue de la jouissance de son bien. On retrouve les mêmes fondements que ceux exposés auparavant, considérant qu'il n'est pas procédé à un transfert de propriété. Le Conseil d'Etat ne considère pas qu'il existe un préjudice. La seule issue pour le propriétaire du bien qui se trouve privé de la jouissance de son bien, est de demander réparation de son préjudice pour la perte de jouissance de son bien. Toutefois, ces demandes sont rarement acceptées par le juge administratif⁴⁸⁴. Il convient alors d'apporter à ce dernier la preuve que le préjudice a été matériel, direct et certain. Il a par exemple été accepté qu'un préjudice puisse naître de la perte de revenus résultant de la privation de redevances d'occupation du domaine public⁴⁸⁵.

S'agissant des conséquences financières, il n'y a pas eu de révolution à propos de la mise en œuvre de cette théorie. L'essentiel se trouve au cœur de cette affectation domaniale, qui change autoritairement pour les besoins de l'intérêt général.

Ce transfert de gestion autoritaire du bien, après sa consécration par le CGPPP, marque davantage une continuité dans sa mise en œuvre, qu'une rupture. Les personnes concernées par la procédure de mutations domaniales sont toujours les collectivités territoriales, les établissements publics et les groupements de collectivités territoriales. L'Etat est à la fois l'acteur et le metteur en scène. Il distribue toujours les rôles et décide quelle collectivité sera victime ou bénéficiaire de la procédure. Cependant, l'Etat peut s'octroyer ce droit pour les besoins de l'utilité publique. Il pourra mettre en action la procédure des mutations domaniales uniquement si son projet est d'intérêt général. A la lecture de l'article L. 2123-4 du CGPPP,

⁴⁸³ L'article L. 2123-6 du CGPPP énonce que : « Le transfert de gestion prévu aux articles L. 2123-3 à L. 2123-5 donne lieu à indemnisation à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter pour la personne dessaisie. Lorsqu'il découle d'un arrêté de cessibilité pris au profit du bénéficiaire d'un acte déclaratif d'utilité publique, l'indemnisation fixée en cas de désaccord par le juge de l'expropriation, couvre la réparation du préjudice éventuellement subi par le propriétaire. »

⁴⁸⁴ G. Teissier, conclusions sur CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, *D.* 1911, III, p. 73 ; CE, 20 mars 1962, chemin de fer de Carmaux, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 223.

⁴⁸⁵ CE, 10 juin 1910, Compagnie PLM contre Etat, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 460 ; *S.* 1912, 3, p. 158.

on peut même souligner que le législateur délégué, n'a pas énormément contraint l'Etat dans l'utilisation de ce procédé. Il aurait pu, à cette occasion, en favorisant ainsi la libre administration des collectivités territoriales, restreindre l'Etat dans la justification qu'il doit fournir pour imposer sa mutation domaniale. L'intérêt général est une notion large qui aurait pu être restreinte par un motif d'intérêt général supérieur ou impérieux. Mais rien n'a été ajouté et plusieurs motifs d'intérêt général ont déjà été invoqués comme celui de la circulation routière, les chemins de fers, pour les affaires déjà rencontrées, et les plus connues. Il apparaît clairement que le législateur en 2006 n'a pas voulu contredire le pouvoir exorbitant de l'Etat relatif à cette affectation qui commande toute l'action étatique. Le recours ultime utilisé par l'Etat constitue le seul moyen pour ce dernier de concrétiser un projet d'intérêt général.

Les biens concernés par cette procédure sont les biens immeubles du domaine public. Les mutations domaniales ont été créées dans le but de pallier l'interdiction d'expropriation de ces biens. Si aucune entente à l'amiable n'a été trouvée et que l'Etat veut transférer la gestion des biens du domaine privé, il doit impérativement passer par l'expropriation.

En revanche, pour les biens du domaine public, il le pourra à condition qu'il s'agisse de biens immeubles et de biens artificiels. Les dépendances naturelles du domaine public semblent, en effet, exclues du transfert de gestion forcée car leur affectation ne dépend d'aucun acte de volonté mais uniquement de phénomènes naturels.

En ce qui concerne les détails relatifs à la procédure de transfert de gestion forcée des biens, le CGPPP n'apporte pas d'éléments supplémentaires en la matière. La procédure reste en dehors du contentieux, ni le juge judiciaire, ni le juge administratif n'interviennent. Il s'agit d'une procédure purement administrative orchestrée par l'Etat. Auparavant, lorsque l'Etat recourait à la procédure des mutations domaniales, aucune autorité particulière n'était désignée pour le faire. Cela pouvait être aussi bien par un arrêté ministériel ou par un simple décret d'un Ministre. On relèvera le peu de formalisme requis par le juge administratif pour reconnaître la légalité de ces procédures. Le juge administratif est peu formaliste. On le voit lors des contentieux de l'excès de pouvoir où ce dernier n'exige pas tant de formalités préalables à la légalité d'un acte administratif. En ce qui concerne les éventuels vices de formes, le juge regardera uniquement la signature et la motivation de l'acte.

L'Etat était assez libre de modifier l'affectation des dépendances domaniales au profit d'autres personnes publiques. Pour reprendre les exemples des jurisprudences les plus

connues, on peut par exemple voir que dans celle la plus ancienne de 1909, Ville de Paris⁴⁸⁶, il s'agissait d'un décret portant utilité publique des travaux à exécuter. Dans d'autres, il pouvait s'agir d'un arrêté interministériel ou d'une décision conjointe des ministres et/ou Premier Ministre dans le cadre d'une déclaration d'utilité publique⁴⁸⁷.

Le transfert domanial a lieu sans déclassement préalable, ni enquête publique et en l'absence de contrôle puisque le juge administratif n'intervient pas dans la procédure.

Enfin, toujours concernant cette procédure, s'est posée la question de la survie de la théorie des mutations domaniales avec l'introduction de l'article L. 11-8 du Code l'expropriation. Cet article permet à l'Etat, représenté par le Préfet, de recourir en matière d'expropriation à ce mécanisme lui permettant d'opérer un transfert de gestion. On s'est demandé à l'époque si le Préfet pouvait toujours utiliser la procédure des mutations domaniales au titre d'une expropriation ou seulement la nouvelle procédure. Comme nous l'avons énoncé, le Conseil d'Etat a apporté une réponse positive au choix toujours possible pour le Préfet⁴⁸⁸. L'Etat a la possibilité lorsqu'il se trouve en présence d'une procédure d'expropriation. Il peut soit recourir à la théorie des mutations domaniales, soit au procédé de transfert de gestion prévu à l'article L. 11-8. L'intérêt est, en outre, de voir la jurisprudence Commune de Proville consacrée par le CGPPP. L'article L. 2123-5 consacre certes le transfert de gestion de l'article L.11-8 mais « sans préjudice des dispositions de l'article L. 2123-4 » cela confirme que la théorie des mutations domaniales ainsi que la jurisprudence Commune de Proville sont transposées.

La conventionalité de ce procédé et la question de sa compatibilité notamment avec l'article 1 du protocole additionnel n°1 à la CEDH constitue un problème récurrent. Ce protocole additionnel concerne le droit au respect des biens. Jusqu'à présent, les collectivités territoriales, qui se trouvent les premières victimes de la mise en œuvre de la théorie des mutations domaniales, ne peuvent invoquer l'article 1 du protocole additionnel n°1 à la CEDH⁴⁸⁹. Cette prise de position marque le refus du Conseil d'Etat de reconnaître aux collectivités le bénéfice de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la CEDH. La Haute Juridiction considère que cette disposition n'est pas invocable dans un litige opposant les collectivités territoriales à l'Etat. Elle considère que ces dernières ne peuvent pas se prévaloir

⁴⁸⁶ Cf. *supra* note n°450.

⁴⁸⁷ Cf. *supra* note n°458.

⁴⁸⁸ Cf. *supra* note n°464.

⁴⁸⁹ CE, 23 mai 2007, Département des Landes, tables du Rec. Conseil d'Etat, 2007, p. 1130.

des dispositions de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1 de la CEDH. La position du Conseil d'Etat diffère de celle de la CEDH qui reconnaît à toute personne la possibilité d'invoquer cet article pour sauvegarder ses biens. Cette curiosité jurisprudentielle est soulignée par quelques auteurs notamment par N. Foulquier et O. Maetz⁴⁹⁰. Ces auteurs considèrent que la position du Conseil d'Etat, dont on ignore si elle restera une décision d'espèce, est difficilement tenable au regard de la jurisprudence de la CEDH. On peut douter de la pérennité de la position du Conseil d'Etat dans la mesure où l'on reconnaît aux personnes publiques les mêmes droits sur leurs patrimoines qu'aux personnes privées. En outre, la position du Conseil d'Etat est différente de celle adoptée par la CEDH.

La théorie des mutations domaniales est ainsi en grande partie conservée en l'état, avec les quelques aménagements vus précédemment. Cette survie converge toujours vers le même constat : le rôle capital de la notion d'affectation.

.....

⁴⁹⁰ O. Maetz, « Les collectivités territoriales peuvent-elles se prévaloir du premier protocole additionnel à la Convention Européenne des droits de l'homme ? », *AJDA*, 24 mars 2008, p. 562 ; N. Foulquier: « Des mutations domaniales aux transferts de gestion : quel bénéfice pour les collectivités territoriales. » : Les collectivités territoriales et le Code général de la propriété des personnes publiques, colloque organisé par la faculté de droit d'Evry au Palais du Luxembourg, jeudi 25 octobre 2007.

Section II : Les mutations domaniales : une justification donnée à la prédominance de l'affectation.

Après avoir démontré que la théorie des mutations domaniales conserve sa place en droit positif malgré la réforme du droit de la propriété publique en 2006, il convient d'analyser la signification réelle de cette nouvelle affirmation des mutations domaniales. Elle semble traduire, à l'inverse de ce que pense une partie de la doctrine, l'affirmation d'un domaine public dominé par son affectation (§ 1) et moins par l'idée de la propriété publique. Ce constat doit être fait à ce stade de nos développements. (§2)

§1- Les mutations domaniales : une manifestation de la dissociation entre le droit de propriété et l'affectation.

Comme démontré dans le chapitre précédent lors de l'étude de la gestion du domaine public volontaire, les prérogatives du propriétaire et de l'affectataire sont dissociées (A). La théorie des mutations domaniales analysée précédemment montre également que les prérogatives du propriétaire de la dépendance et celles de son affectataire peuvent différer. En cas de gestion autoritaire du domaine public, le pouvoir de l'affectation représenté par l'Etat l'emporte sur celui du propriétaire (B). Ce constat emporte des conséquences sur la vision du domaine public. Il faut, désormais, interpréter cette théorie des mutations domaniales.

A-L'éclatement de la propriété et de l'affectation.

Si la dissociation entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation a déjà été abordée dans le chapitre précédent, elle l'a été sous un angle différent de celui que nous allons présenter ici. Elle a été vue sous celui de la gestion volontaire des biens publics. Or, dans ces nouveaux développements, nous traiterons de la gestion autoritaire des biens publics. Au sein même de cette gestion autoritaire, le même constat s'impose.

Le droit du propriétaire de la dépendance domaniale des personnes publiques autres que l'Etat va, certes, rester intact mais privé de son contenu. Le pouvoir d'affectation prend tout son sens lorsqu'il s'exprime au travers de la mutation autoritaire imposée à la personne publique. La manifestation de ce pouvoir autoritaire qu'exerce l'Etat, transcrit l'idée d'un pouvoir affectataire dominant sur un droit de propriété qui subit davantage la situation. Ce propriétaire public, souvent local, se voit non seulement dépossédé de l'utilisation de sa parcelle, mais également des fruits que celle-ci peut lui rapporter. A propos des mutations domaniales D. Capitant⁴⁹¹ énonce que: « le propriétaire ne maîtrisant plus l'affectation du bien ne peut plus le désaffecter et ne peut donc en disposer. La mutation domaniale entraîne ainsi une dépossession non seulement de *l'usus*, éventuellement du *fructus*, mais également d'un *abusus* qui a une véritable consistance. »

Le propriétaire reste certes titulaire de son droit de propriété, mais ce dernier est en quelque sorte une « coquille vide ». Pendant la durée de cette dépossession, le propriétaire ne peut plus ni profiter de son bien, ni en retirer les fruits. Il ne peut pas non plus l'aliéner car son utilité est toujours présente, ailleurs. L'affectation apparaît supérieure, paralysant l'action du propriétaire au moins pendant la durée de la nouvelle affectation. Cela prouve une nouvelle fois que les deux prérogatives fonctionnent séparément, sans que l'une n'ait besoin de l'autre pour perdurer.

Si certains ont présenté le CGPPP comme réaffirmant la propriété publique, la théorie des mutations domaniales ancrée dans ce code vient contredire ou du moins fortement nuancer cette affirmation. Si la tendance en France, contrairement au régime allemand, est d'associer le propriétaire à l'affectataire du domaine, les nouveautés introduites dans le CGPPP en

⁴⁹¹ Réflexions sur le Code général de la propriété des personnes publiques, actes du colloque, université de Lille II du 29 novembre 2006, présidé par Jacqueline Morand-Deville, sous la direction de Stéphane Guerard, LITEC, 2007 : 3^{ème} intervention : D. Capitant : « Les mutations domaniales et les superpositions d'affectation », p. 33.

matière de gestion des biens viennent contrebalancer cette idée. D'une part, on a vu dans le chapitre précédent que les prérogatives du propriétaire et de l'affectataire pouvaient facilement être dissociées lors d'acte de gestion purement volontaire. Ces actes prévus par le Code permettent légalement une dissociation de ces deux prérogatives sans que l'affectation du bien ne soit remise en cause. D'autre part, s'agissant de la gestion autoritaire des biens où s'illustre la théorie des mutations domaniales, il est encore possible de distinguer les deux, même si au départ, ce n'est pas un acte de volonté de la part du propriétaire de la dépendance domaniale. Les deux mécanismes ne touchent pas au droit de propriété mais seulement à l'affectation de la dépendance. Toutefois, l'affectation commande ce qui se passe par la suite à savoir le changement de gestionnaire, la nouvelle utilité, le nouveau bénéficiaire et surtout la fin de cette nouvelle affectation. Ce constat est mis en évidence par D. Capitant⁴⁹². Il explique le caractère surprenant de cet état des lieux en France par le fait que cette théorie des mutations domaniales dérange cette association trop hâtive entre le droit de propriété et le pouvoir d'affectation. Cette théorie remet indiscutablement en question ce postulat. Bien que l'Etat ne soit pas propriétaire de tous les biens publics, il peut pourtant pour un motif d'utilité publique, modifier l'affectation de certains biens.

X. Bioy⁴⁹³ présente cette théorie des mutations domaniales comme un démembrement de la propriété où une possession locale est opposée à une disposition nationale. Il explique notamment que deux thèses s'affrontent pour justifier ou expliquer les mutations domaniales. Les défenseurs de la propriété font de l'affectation un élément de cette dernière. Pour d'autres, les mutations relèvent exclusivement du droit de la domanialité « dont les impératifs l'emportent sur le droit de propriété ». Ces mutations domaniales sont une manifestation de la souveraineté de l'Etat et non de la propriété de l'Etat.

Il s'agit là d'une vision dualiste du droit de propriété précédemment évoquée. A. Vidal-Naquet⁴⁹⁴ indique que la théorie des mutations domaniales impose une vision dualiste. Elle explique, en effet, que cette théorie montre l'autonomie de l'affectation par rapport au droit de propriété, droit auquel elle ne touche absolument pas. Elle démontre que non seulement la vision dualiste du droit de propriété fait de l'affectation une prérogative, c'est-à-dire qu'elle offre la possibilité de choisir la destination du bien concerné, mais aussi, cela montre le

⁴⁹² Cf. *supra* note n° 491.

⁴⁹³ B. Xavier, « La propriété éminente de l'Etat », *RFDA*, 2006, p. 963.

⁴⁹⁴ A. Vidal-Naquet, « L'irréductible théorie des mutations domaniales », *RFDA*, novembre-décembre 2005, p. 1106.

caractère fondamental de l'affectation et que « l'affectation du domaine peut être exclusive, c'est-à-dire qu'elle écarte certaines personnes de sa jouissance ».

La théorie des mutations domaniales corrobore les thèses exposées il y a quelques années par R. Capitant et G. Maroger. R. Capitant, qui a préfacé la thèse de G. Maroger, soutenait la thèse d'une propriété privée y compris pour les biens des personnes publiques. De plus, d'après lui, l'affectation, qui joue un rôle central ici, n'est autre qu'une servitude d'intérêt général qui s'impose d'office au propriétaire, quel qu'il soit. Pour ces auteurs, la propriété du domaine public est de la même nature que celle du domaine privé. C'est donc qu'elle est la propriété privée. Ils dissocient complètement l'aspect propriété et l'aspect affectation. Pour G. Maroger, l'acte d'affectation n'a rien à voir avec la propriété, autrement dit, la compétence pour affecter n'est pas une prérogative de propriétaire⁴⁹⁵. R. Capitant, soutiendra une analyse plus révolutionnaire encore en considérant « que la propriété domaniale est, abstraction faite de son titulaire, une propriété privée. » Il a livré cette idée dans la préface de la thèse de G. Maroger. R. Capitant assimilant la propriété du domaine public à la propriété privée car son argumentation repose toujours sur la distinction entre la propriété et l'affectation. Il y a un régime mixte à savoir, la propriété qui est analogue à la propriété privée, et l'affectation relevant du seul droit public. Dans sa célèbre note sous l'arrêt Commune de Barran⁴⁹⁶, R. Capitant a dressé le constat que nous nous efforçons de mettre en lumière : celui d'une affectation qui commande à la fois la propriété et le propriétaire en question. Cette dernière implique que l'on protège le bien par des règles strictes, telles que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. Ces règles suivent la notion d'affectation et non le propriétaire du bien en question. C'est cette notion et non pas la propriété, qui commande le régime juridique du bien et qui induit les règles protectrices énoncées. Là encore, comme le rappelle la théorie des mutations domaniales, les notions de propriété et d'affectation sont séparées.

Après avoir analysé les modalités de la théorie des mutations domaniales, il faut désormais envisager ses conséquences.

⁴⁹⁵ G. Maroger, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préface R. Capitant, Sirey, 1942 ; A. de Laubadère, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », *RDP*, 1950, tome 70, p. 5.

⁴⁹⁶ R. Capitant, note sous CE, 17 février 1932, Commune de Barran, *D.* 1933, IIIème partie, p. 49.

B-La mise en lumière de l'éclatement du propriétaire et de l'affectataire.

Le constat opéré précédemment doit conduire à différentes conclusions. La première concerne la question de l'autorité extérieure à savoir l'Etat.

La deuxième concerne le rôle de l'Etat, qui d'un point de vue théorique apparaît comme le gardien du domaine public. Se pose alors de nouveau les questions liées à l'unité ou à la dualité du domaine public.

L'autorité extérieure au propriétaire susceptible de décider de l'affectation, est destinée à satisfaire l'utilité publique et a souvent vocation à durer. Par exemple, les biens dits naturels ont par nature vocation à être affectés de manière quasi permanente à une utilité publique ; à l'inverse d'autres biens, notamment ceux affectés à un service, dans le cas d'une mutation autoritaire, peuvent avoir une affectation uniquement temporaire si la personne publique en question⁴⁹⁷ en décide autrement. C'est une autorité extérieure à la personne publique qui en décide ainsi. Aussi, les personnes publiques n'ont pas la maîtrise de l'affectation des biens si par exemple, des exigences constitutionnelles interviennent. Pour le cas des mutations domaniales, c'est exactement la situation décrite qui se passe. Cette autorité extérieure qu'est l'Etat, souvent représentée par le Préfet, décide à un moment donné de modifier telles ou telles affectations.

Or, si le CGPPP a consacré la théorie des mutations domaniales, il s'oppose à l'expropriation du domaine public qui ferait triompher le droit de propriété. Y. Gaudemet⁴⁹⁸ s'étonne d'ailleurs de cette consécration. Il explique que cela va à l'encontre du principe de la propriété des personnes publiques que les collectivités décentralisées revendiquent fortement. Il aurait été souhaitable, pense-t-il, de créer un mécanisme d'expropriation du domaine public qui est une procédure tout de même dont l'Etat a le monopole.

B. Tardivel⁴⁹⁹ dresse le même constat alors que le nouveau code n'est pas encore adopté. Il opère un bref historique sur l'impossibilité d'exproprier le domaine public et énonce, que le

⁴⁹⁷ L'Etat dans le cas en question d'une mutation domaniale, mais cela peut aussi bien être le législateur.

⁴⁹⁸ Y. Gaudemet, « Le nouveau code général de la propriété des personnes publiques, une mise en perspective », *RJEP*, n°636, novembre 2006, p. 403.

⁴⁹⁹ B. Tardivel, « L'indépassable théorie des mutations domaniales », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1209.

Conseil d'Etat, dans son rapport⁵⁰⁰ de 1986 sur le droit des propriétés publiques, proposait déjà de consacrer l'expropriation du domaine public et de mettre fin à la théorie des mutations domaniales. Ce rapport mettait en évidence que l'usage de cette pratique ne permettait pas de faire un bilan « coûts-avantages », par le biais d'une enquête publique, et qu'elle aboutissait aussi à une dissociation, pendant une durée indéterminée, du droit de propriété et de la maîtrise de la destination de la dépendance. A partir de là, le rapport préconisait l'adoption d'une disposition législative permettant à l'Etat de procéder à une expropriation du domaine public. Le projet était de créer une procédure permettant une expropriation un peu spéciale en faveur des personnes publiques. Cette réforme n'a jamais abouti mais à l'époque, elle était soutenue par une partie de la doctrine. Il s'agissait des partisans de la théorie de la propriété administrative. La défense de cette réforme constituait, pour eux, une opportunité de voir disparaître la théorie des mutations domaniales. D'après eux, les mutations domaniales ont pour conséquence d'amoindrir le droit de propriété des personnes publiques alors qu'ils défendent un droit de propriété exorbitant du droit commun au profit de ces collectivités publiques. La situation décrite qui consistait en une dissociation du droit de propriété et du pouvoir d'affectation n'est pas acceptable pour les défenseurs du droit de propriété des personnes publiques.

A contrario, en 2006, lorsque le législateur délégué choisit de ne pas incorporer le mécanisme de l'expropriation au profit des personnes publiques sur leurs domaines publics, c'est bien parce qu'il ne souhaitait pas favoriser le droit de propriété. En légalisant la théorie des mutations domaniales, il approuve au contraire cette dissociation et le fait que l'affectation doit avoir plus d'impact. C. Laviolle⁵⁰¹ analyse les effets qui résulteraient de la consécration d'une procédure d'expropriation sur le domaine public en lieu et place de la théorie des mutations domaniales. Il souligne notamment que la procédure des mutations domaniales est plus respectueuse du pouvoir souverain de l'Etat et de l'unité de la domanialité publique⁵⁰². Il énonce que la jurisprudence qui a créé cette théorie ne doit pas être remise en cause car elle « a le mérite de s'inscrire dans la logique de la domanialité publique qui est avant tout déterminée par l'affectation. » Au contraire, la procédure de l'expropriation aurait pour conséquence de banaliser le domaine public et de le transformer en une « vulgaire propriété ». L'effet serait alors contre productif et sans doute nocif pour l'affectation. On peut alors raisonnablement penser, que si le CGPPP n'a pas avalisé l'expropriation, c'est pour protéger

⁵⁰⁰ *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, Conseil d'Etat, Etudes et Documents, n°38, 1987, p. 13 et s ; *RDI*, juillet-septembre 1987, p. 313.

⁵⁰¹ C. Laviolle, « Décentralisation et domanialité », *RFDA*, 1996, p. 959.

⁵⁰² A savoir du régime juridique qui s'impose aux biens appartenant au domaine public.

cette affectation à l'utilité publique que commande l'Etat, pour répondre au besoin de la population.

Cela nous amène au deuxième constat venant de la dissociation du droit de propriété et de l'affectation induite par les mutations domaniales. L'Etat apparaît comme le gardien, non seulement de l'affectation et de l'utilité publique mais aussi et plus généralement de l'intérêt général. L'Etat apparaît comme le maître de l'affectation. Cela rappelle alors la théorie de Proudhon qui considère l'Etat comme le gardien du domaine public, et celle de L. Duguit, qui refuse aussi la propriété publique. Certes, aujourd'hui, les personnes publiques sont reconnues titulaires d'un droit de propriété sur leurs dépendances et la propriété publique dispose de son propre régime juridique. Cependant, la théorie des mutations domaniales contredit cet état du droit. L'une des justifications aujourd'hui les plus acceptables serait alors de reconnaître que ce n'est pas ce droit de propriété qui est fondamental en droit des biens publics, mais davantage celui de l'affectation. Cela ne manque pas de nous rappeler la pensée de M. Hauriou⁵⁰³ qui dans sa note sous l'arrêt fondateur des mutations domaniales, soulignait qu'il faudrait revenir à un domaine public subsistant par lui-même uniquement parce qu'il est affecté au besoin du public. Cette idée fondamentale retiendra notre attention.

L'auteur souligne, en revanche, que cette théorie implique une superposition d'affectation, dans la mesure où aucun changement de propriétaire n'a lieu, puisque les dépendances restent la propriété des personnes publiques d'origine. D'après lui, il n'existe qu'un seul grand domaine alors que l'on distingue pourtant le domaine public de l'Etat, des collectivités territoriales et aujourd'hui des établissements publics. Pour M. Hauriou, la personne publique ne subit en fait qu'une servitude car elle conserve ses droits de propriétaire. Il milite alors pour l'unité du domaine public avec cette image d'un Etat qui gère l'affectation au niveau national et les collectivités territoriales qui se contentent de gérer administrativement leurs dépendances.

Cette vision n'est aujourd'hui plus tenable puisque toutes les autres personnes publiques ont été reconnues titulaires et propriétaires d'un domaine public⁵⁰⁴. A l'époque, lorsque le

⁵⁰³ M. Hauriou, note sur CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, S. 1909, III, p. 97. Voir également les références de V. Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Victor Lagier, Dijon, 1^{ère} édition, 1833-1834 et 2^{ème} édition 1843-1845 et L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Tome 3, E. de Boccard, 1930.

⁵⁰⁴ Les articles L. 1 et L. 2 du CGPPP énoncent : L. 1 : « 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

commissaire du gouvernement rend ses conclusions⁵⁰⁵ sur l'affaire qui va consacrer la théorie des mutations domaniales, la question est importante. On se demandait s'il existait un ou plusieurs domaines publics. La thèse du Tribunal des Conflits est qu'il existe trois domaines distincts à savoir le départemental, le communal et le national. A l'intérieur de chacun d'entre eux, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent mais les dépendances sont propres à chacune de ces personnes publiques. Il y a une diversité de domaines publics et « la domanialité ne fait pas obstacle à la propriété qui demeure subjacente. »

Quant à l'autorité judiciaire, elle considère qu'il y a une unité des domaines et que « la notion de domanialité est exclusive de la notion de propriété ». Cette position⁵⁰⁶ excluait toute expropriation du domaine public et toute indemnisation.

S'il existe bien aujourd'hui une pluralité de domaines publics, le constat est identique s'agissant de l'impossibilité d'exproprier le domaine public.

Toutefois, la réitération dans le CGPPP des mutations domaniales montre les limites auxquelles s'exposent la théorie de la propriété publique. Elle n'explique pas tout et certainement pas le pouvoir exorbitant que possède encore l'Etat, sur les autres personnes publiques, en matière d'affectation des dépendances domaniales.

§- 2 Le but ultime : la préservation de l'affectation sans une propriété publique nécessaire.

La théorie des mutations domaniales ne se contente pas de mettre en lumière un pouvoir exorbitant de l'Etat sur les autres personnes publiques. Elle démontre aussi l'ampleur que prend la notion d'affectation au sein du droit des biens publics. (A)

L'exposé de cette théorie a pour but de saisir la signification de celle-ci et de cerner les limites qu'elle impose à la propriété publique. Cela va même plus loin si l'on considère qu'elle

qu'aux établissements publics. » et L. 2 : « Le présent code s'applique également aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant aux autres personnes publiques dans les conditions fixées par les textes qui les régissent. »

⁵⁰⁵ Cf. *supra* note n°450.

⁵⁰⁶ Cour de Cassation, 20 décembre 1897, Chemins de fer d'Orléans, *D.* 1899, 1, p. 257, note Sarrut.

montre que le droit des biens peut fonctionner sans avoir systématiquement besoin du cadre rigide de la propriété. (B)

A-La notion d'affectation : notion centrale de la théorie des mutations domaniales.

Si l'on a déjà évoqué l'idée que la théorie des mutations domaniales favorisait le pouvoir d'affectation de l'Etat, il faut préciser cet élément. Le triomphe de la notion d'affectation est perceptible dans cette théorie.

L'explication précédente sur les mutations domaniales a démontré que l'affectation des biens passe au premier plan par rapport au droit de propriété des personnes publiques qui subissent ce changement autoritaire. Si l'on raisonne le plus objectivement possible face à l'exercice de ce pouvoir exorbitant, on peut constater que le domaine public n'existe que parce qu'il est affecté directement au public ou à un service public. Lors d'une mutation domaniale, on assiste à une superposition d'affectation. La première affectation du bien ne perd pas son intérêt mais pendant un laps de temps, la deuxième utilité se superpose à la première. Le domaine public paraît ainsi guidé par cette destination susceptible d'être modifiée à tout moment. Une seule et même dépendance du domaine public semble susceptible de supporter plusieurs affectations.

Concernant la mise en avant de l'affectation par les mutations domaniales, B.Tardivel, dans un article sur celles-ci⁵⁰⁷ dresse peu ou prou le même constat. Il explique que ces dernières ont le mérite de poser une question fondamentale ayant pour but de maintenir la spécificité de la domanialité publique dominée par la notion d'affectation. Il énonce que : « la théorie des mutations domaniales a cette vertu explicative de mettre au centre de la domanialité, la notion

⁵⁰⁷ Cf. *supra* note n°478.

qui en commande le régime, à savoir l'affectation, autonome vis-à-vis de la notion de propriété. Par conséquent, ladite théorie doit être regardée comme un élément central de la domanialité ». On retrouve ici l'idée fondamentale que le régime de la domanialité publique, s'illustrant par le principe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, est justifié par cette affectation. Parce qu'il y a un tel enjeu derrière, à savoir la préservation d'une utilité publique, les dépendances ne peuvent être vendues.

C'est au nom de cette utilité publique que la théorie des mutations domaniales, est mise en œuvre comme l'ultime possibilité pour accomplir un projet.

Les conclusions du commissaire du gouvernement, M. Guyomar⁵⁰⁸, sur l'arrêt du Conseil d'Etat, Commune de Proville du 23 juin 2004, viennent au soutien de notre démonstration. A propos du fondement de la théorie des mutations domaniales, il énonce : « fondement qui s'enracine dans les principes d'indivisibilité de la République et d'unité de la domanialité publique, un fondement si puissant qu'il résiste à la reconnaissance de la libre administration des collectivités locales, aux progrès de la décentralisation et à la progressive reconnaissance du droit de propriété des collectivités publiques. »

Pour appuyer ses propos, le commissaire du gouvernement fait référence à M. Waline⁵⁰⁹, auteur incontournable en matière de mutations domaniales qui, en 1925, consacra sa thèse à cette particularité du droit des biens publics. M. Waline écrit toujours à propos des mutations domaniales : « [...] ces bornes qui limitent les droits de la personne morale sur son domaine public résultent de la nature même des choses, et spécialement de la nature de l'Etat ou des autres collectivités publiques. Ce sont en effet des règles dont l'Etat ne peut s'affranchir sans renier sa propre raison d'être (...). L'Etat qui manquerait à sa tâche, tâche pour laquelle il existe, commettrait une sorte de suicide moral. Or, quelle est la raison d'être de l'Etat, si ce n'est pas la défense, juridiquement organisée, des intérêts de ses membres ? Et n'avons-nous pas vu que, par hypothèse, l'affectation qui constitue à elle seule toute la limite des droits des personnes morales sur leur domaine public, n'exprimait pas autre chose que l'intérêt des individus qui auraient à utiliser ce domaine ? Cette affectation est tout simplement le procédé juridique employé pour assurer la satisfaction d'un besoin public, c'est-à-dire en somme, la protection sociale d'intérêts collectifs particulièrement généraux et importants. »

⁵⁰⁸ Cf. *supra* note n°453.

⁵⁰⁹ M. Waline, *Les mutations domaniales. Etude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, thèse, Paris, Jouve, 1925.

Transparaît alors l'image d'un Etat uniquement guidé par ce but d'utilité publique, dans des activités étatiques autres que la mise en œuvre de ce pouvoir d'affecter autoritairement un bien. Ce pouvoir de l'Etat, guidé par l'intérêt général est d'ailleurs présent lorsque l'Etat capte des biens par le biais de l'expropriation au nom d'un projet d'utilité publique. Indirectement, il se soucie de cette destination publique lorsqu'il contrôle les biens du secteur public. En tant qu'actionnaire d'entreprises publiques, l'Etat dispose d'un contrôle aux moyens de sa participation, de ses voix ou de ses représentants, sur les décisions majeures qui peuvent concerner des biens pourtant devenus privés, mais restant affectés à un service public. Cette nouvelle forme de contrôle soutient la thèse d'un Etat garant de l'affectation des biens car il aura, dans la plupart des cas, le pouvoir de s'opposer à l'aliénation de ces biens. Il fait en quelque sorte durer le principe de l'inaliénabilité des biens du domaine public sur des biens privés, mais affectés à une utilité publique.

Aussi, il est clair que cette affectation retient l'attention et apparaît comme la seule chose à satisfaire au détriment du droit de propriété des personnes publiques. Les biens publics apparaissent alors comme grevés d'une servitude d'utilité publique.

La théorie des mutations domaniales révèle toute la place que l'on doit accorder à cette affectation. Elle souligne le lien entre l'affectation et la propriété, et entre l'affectation et la domanialité. A. Vidal-Naquet⁵¹⁰ le souligne dans son article et parle d'une irréductible théorie des mutations domaniales. Elle énonce notamment que : « confirmant la pluralité des affectations possibles, la prérogative reconnue à l'Etat n'est que la traduction de la primauté de l'intérêt général ».

Elle met en évidence le point central de cette théorie des mutations domaniales. Cette dernière nous dit-elle : « met au centre de la domanialité la notion qui en commande le régime, à savoir l'affectation, et la rend autonome vis-à-vis de la notion de propriété. Mais son fondement doit être détaché de la vision unitaire du domaine public ; il ne procède pas d'une sorte de « domaine éminent » que conserverait l'Etat sur le domaine public des administrations locales. Le changement autoritaire d'affectation trouve sa légitimité dans la satisfaction de l'intérêt général. »

La différence de légitimité dans l'exercice de ce pouvoir autoritaire de l'Etat est fondamentale. Cette notion se retrouve au centre du droit des biens publics et dépasse même celui-ci. Justifier le recours de l'Etat à cette procédure de changement autoritaire de

⁵¹⁰ Cf. *supra* note n°494, p. 1106 et s.

l'affectation par l'idée d'un domaine éminent cautionne le fait que le droit de propriété des autres personnes publiques n'existe pas. Or, cette position nie la réalité et les principes précédemment énoncés par le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel. Aujourd'hui, il est acquis que toutes les personnes publiques, y compris l'Etat, disposent d'un vrai droit de propriété sur leurs dépendances domaniales appartenant au domaine public. Il n'est pas question de remettre cela en cause.

Ce qui change, en revanche, c'est la justification de l'exercice de la théorie des mutations domaniales. On la trouve du côté de l'affectation et uniquement vers sa satisfaction. Les mutations domaniales, si elles sont constitutives d'une atteinte au droit de propriété, ne privent pas de ce droit. L'affectation joue le rôle de régulateur de l'intérêt général et de fondement unique à la mise en œuvre, par l'Etat, d'une mutation autoritaire de dépendance.

S'agissant des théories sur le domaine public qui privilégient l'approche par l'affectation et moins par la propriété publique, la théorie des mutations domaniales donne l'image d'un Etat souverain sur l'ensemble des dépendances domaniales publiques. Concernant les mutations domaniales, il existe des survivances de la théorie d'un Etat maître de toutes ses dépendances. Cet Etat, même s'il n'est pas forcément propriétaire, demeure le gardien de l'intérêt général.

B-Les mutations domaniales : une illustration de l'inutilité du cadre systématique de la propriété publique.

La théorie des mutations domaniales prouve que l'affectation est indépendante de la question de la propriété. L'étude poussée de cette théorie va plus loin dans les considérations sur le droit des biens en général. Les mutations domaniales vont dans le sens des doctrines étrangères relatives aux biens publics. Elles ne vont pas se contenter de mettre en avant la notion d'affectation, elles vont aussi montrer que le cadre de la propriété publique n'est pas indispensable. Par exemple, pour la doctrine allemande, l'affectation seule suffit. Il n'est pas nécessaire de savoir qui est le propriétaire puisque la chose affectée appartient à l'objet de sa

destination. L'affectation ne suit pas le propriétaire du bien, mais le bien lui-même et le but auquel il est destiné, où celui pour lequel il est le plus utile.

Si le fait de procéder à une mutation domaniale ne remet pas en cause le droit de propriété des personnes publiques, cela est dû à l'acceptation d'une propriété dualiste. La personne qui subit une mutation domaniale perd certes la jouissance de son bien mais conserve de manière théorique le droit de propriété. Ce dernier pourra d'ailleurs redevenir entier si la parcelle est désaffectée quelque temps plus tard. Aussi, assiste-t-on à une dissociation entre le droit de propriété et l'affectation, le changement de cette dernière n'emportant pas de conséquences sur le premier.

La propriété publique, qui se définit comme l'appartenance à des personnes publiques de biens, ne comprend pas dans sa définition la notion d'affectation. Les mutations domaniales révèlent que cette dernière est autonome par rapport à la propriété. Elle fonctionne indépendamment du droit de propriété. Quand un impératif d'intérêt général est à satisfaire, il importe peu de savoir qui est le propriétaire du bien en question. On s'en préoccupe certes aujourd'hui, car les procédures juridiques diffèrent si le bien en question se trouve dans le domaine public ou dans le domaine privé. Dans le premier cas, l'expropriation sera interdite, pas dans l'autre. Si aujourd'hui, d'un point de vue procédural la solution reste la même, d'un point de vue théorique, on peut proposer autre chose. L'affectation, comme en témoigne ce changement autoritaire d'affectation, transcende l'idée même de propriété publique. Elle la dépasse.

Si le domaine public est à ce point protégé, c'est uniquement pour préserver l'affectation et la destination publique. Cette affectation suit les biens, quel que soit le propriétaire. Elle va donc au-delà des limites de la propriété publique car des biens privés pourraient se voir imposer une protection équivalente à celle qu'offre la domanialité publique, sans que le propriétaire ne soit une personne publique.

Le couple indissociable, propriété et affectation, réitéré aujourd'hui par le CGPPP, est pourtant dissociable. J.F. Brisson⁵¹¹ souligne que cette dissociation est aujourd'hui inéluctable. Auparavant, la propriété publique était perçue comme le préalable nécessaire à l'affectation. Sans propriété publique, il ne pouvait pas y avoir d'affectation de biens à une utilité publique. Aujourd'hui, cette idée est partiellement erronée. Certes, pour qu'un bien

⁵¹¹ J-F. Brisson, « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *AJDA*, 3 octobre 2005, p. 1835.

fasse partie du domaine public, la propriété publique demeure une condition préalable. Le CGPPP réitère cette condition dans son article L. 2111-1⁵¹². Cependant, il est désormais fréquent que des biens encore affectés à une utilité publique, souvent en raison d'une intervention législative, soient la propriété de personnes privées. L'Etat propriétaire s'efface alors peu à peu derrière un Etat régulateur de l'affectation. Les sociétés privées propriétaires de ces biens comme Aéroport de Paris ou France Télécom qui, nous reverrons, n'ont pas le libre usage de leur patrimoine. Pour une partie de leurs biens, elles doivent respecter une affectation précise, qui se concrétise très généralement par les besoins d'un service public. Elles doivent absolument respecter cette affectation, sous peine de sanction, car le respect de cette affectation à un service public est également une exigence constitutionnelle⁵¹³. Des clauses vont être insérées dans ces nouveaux régimes de biens permettant de préserver l'existence et la continuité du service public. Pour P. Delvolvé, c'est le triomphe de l'affectation et l'extension des règles domaniales, au-delà de la propriété publique, et c'est donc une illustration de la prédominance de la domanialité sur la propriété.

Nous reverrons en détail ces nouveaux régimes juridiques concernant ces biens privés affectés à une utilité publique mais pour l'heure, ces propos confirment que la théorie des mutations domaniales implique que l'affectation l'emporte sur la propriété.

La théorie des mutations domaniales est perçue comme étant en perpétuelle contradiction avec la théorie de la propriété publique. Selon M. Xifaras⁵¹⁴ à l'époque où M. Hauriou a réfléchi à une théorie générale du domaine public, il n'est pas parvenu à conceptualiser une théorie de la propriété publique. En revanche, il a donné cinq définitions de la propriété publique que nous évoquerons successivement. La première, serait celle d'une propriété privée ordinaire mise en sommeil par l'affectation, le réveil de la propriété se faisant au moment où cesse l'affectation. La deuxième définition, serait celle d'une propriété ordinaire gravement modifiée par l'affectation. L'idée d'un noyau dur de la propriété publique est ici défendue. La troisième définition est la propriété privée ordinaire, comprenant la jouissance du droit de disposition de son exercice. L'exercice du droit de propriété est impossible, car c'est

⁵¹² L'article L. 2111-1 CGPPP énonce : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

⁵¹³ J-E. Schoettl, note sur CC, 26 juin 2003, n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1391 et s.

⁵¹⁴ Compte-rendu de la conférence de M. Xifaras, les soirées de la salle de droit public, mercredi 23 mai 2007, Paris II : réflexions historiques autour des mutations domaniales, inédit.

une propriété spéciale. Mais la distinction entre l'affectation et la propriété est impossible à faire.

Quant à la quatrième définition, c'est une propriété spéciale où la domanialité publique serait dérogatoire au régime commun. Enfin, la cinquième définition est une propriété spéciale marquée par son caractère fiduciaire, où l'affectation détermine la nature de la propriété.

Il ressort donc de ces définitions que la théorie des mutations domaniales, quel que soit son positionnement théorique, contredit celle de la propriété publique. L'affectation domine le régime, mais le problème vient du fait que le propriétaire doit être libre d'affecter. Or la théorie des mutations domaniales remet cela en question. Si nous pouvons d'ores et déjà dire que c'est davantage vers la dernière définition que nous tenterons de nous rapprocher, il est tout à fait possible d'affirmer que les mutations domaniales marquent seulement le fait que la propriété publique n'est pas le préalable indispensable à l'affectation. Nous verrons ensuite qu'elle n'est pas non plus indispensable à la constitution d'un domaine public.

La théorie des mutations domaniales, en permettant à l'Etat de procéder à des réaffectations, montre que le domaine n'est pas une propriété comme les autres. Le fait d'en faire un objet de propriété masque, en raison du sens que revêt le mot en droit français, son essence profonde qui est d'être le lieu où l'Etat permet aux relations sociales de se déployer. C. Lavalie⁵¹⁵ a développé cette idée. L'auteur souligne la continuité historique dans la composition du domaine public qui témoigne de la pérennité de cette notion. Au vingtième siècle, le domaine public s'est élargi tout simplement parce que l'Etat est passé du statut de garant de l'ordre public à celui de gérant de nombreuses activités sociales. On a assisté au passage d'un Etat gendarme à un Etat providence. Aujourd'hui, les transformations de l'Etat se poursuivent. Il devient compétitif et régulateur. Les privatisations se multiplient. Cet état a des conséquences sur le domaine public et sur la propriété publique de l'Etat. En se séparant d'un certain nombre de biens du domaine public, l'Etat se donne alors un nouveau rôle pour continuer de surveiller l'affectation de certains biens indispensables au bon fonctionnement de la vie en société. Il se mue en un Etat régulateur de l'affectation, comme en matière de mutations domaniales, mais sur des biens qui pourtant ne sont plus incorporés au sein du domaine public. L'affectation quant à elle subsiste.

⁵¹⁵ C. Lavalie, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP*, 1990, p. 27 et s.

Sans doute, le domaine public peut alors, pour expliquer au mieux cette théorie des mutations domaniales, se passer de la propriété des personnes publiques. Raisonner en termes de domanialité, à savoir s'appuyer davantage sur la notion d'affectation présente, en outre, de sérieux avantages. Cela permet alors de rattacher la propriété au seul domaine privé, et de résoudre plus aisément certaines difficultés dont celles des mutations domaniales.

Cette affectation des biens est susceptible de s'étendre au delà du domaine public. Elle pourrait alors concerner le domaine privé et/ou certains patrimoines privés.

Cette affectation devrait être à la fois une notion juridique large engendrant un certain nombre de règles pour les biens concernés (sorte de régime juridique, une domanialité publique étendue au-delà du domaine public) permettant ainsi une gestion plus souple et plus efficace que la logique « propriétaire ».

Ce pouvoir d'affectation échappe sans doute de plus en plus aux personnes publiques, mais elles ont toujours le devoir de le protéger et de veiller à son maintien.

Partie II : La portée et les conséquences de la notion d'affectation des biens à l'utilité publique.

Après avoir démontré le rôle fondamental de l'affectation au sein de la catégorie du domaine public, il convient désormais de mesurer les conséquences pratiques générées par la notion d'affectation.

La notion d'affectation telle que nous l'avons définie et précisée, conduit à l'adoption d'un régime juridique. Si l'affectation doit à la fois guider la définition des biens affectés et leur permettre d'intégrer le domaine public, elle sert également à souligner leurs spécificités amenant alors au régime juridique de droit commun à savoir la domanialité publique ou à un régime juridique lui ressemblant.

Aussi aurons-nous une catégorie de biens, dont l'affectation à une utilité publique ne fait aucun doute, dotée d'un régime adéquat permettant de parer à toutes les situations sans pour autant entraver l'action des personnes publiques. (Titre I)

Plus qu'une simple adaptation, le régime des biens affectés à une utilité publique, comme à un service public par exemple, a subi et doit encore subir une transformation destinée à offrir la possibilité aux personnes publiques de valoriser davantage leurs patrimoines.

L'ultime enjeu de l'adaptation du régime juridique des biens affectés à une utilité publique est de permettre une valorisation plus effective du patrimoine des personnes publiques. (Titre II)

Titre I : L'impact de la notion d'affectation finaliste sur la délimitation et la protection du domaine public.

La notion d'affectation, désormais précisée tant dans son champ d'application que dans la place qu'elle occupe au sein du domaine public, entraîne un certain nombre de conséquences. La première est l'application d'un régime juridique tout à fait particulier, celui de la domanialité publique. Or, ce régime juridique, bien qu'ancien, subit quelques critiques et une concurrence non négligeable. Les différents régimes juridiques appliqués à des biens, qui ne font pas partie du domaine public, mais qui sont pourtant affectés à une utilité publique, présentent de nombreuses similitudes avec les règles de la domanialité publique. Par conséquent, il faut s'interroger sur ce phénomène et en déduire que l'affectation d'un bien à une utilité publique justifie au-delà du domaine public, un régime juridique particulier (chapitre 1).

La seconde conséquence majeure est que la protection nécessaire des biens affectés à une utilité publique ne va plus seulement passer par l'incorporation de ces derniers au sein du domaine public, ni même au sein de la propriété publique. C'est un nouvel arsenal de protection qui peut se développer et permettre ainsi à des personnes privées d'être propriétaires de biens affectés tout en préservant au mieux cette affectation et le service public que celle-ci implique souvent (chapitre 2).

Chapitre I : L'affectation du bien : une notion guidant l'intensité du régime juridique du bien.

Pour différentes raisons, le régime juridique des biens affectés à une utilité publique doit faire l'objet d'une attention particulière. D'une part, ce régime juridique existe depuis très longtemps et il s'est forgé une réputation de régime très contraignant en raison de la protection de l'affectation des dépendances publiques. (Section I)

D'autre part, ce régime juridique tend à s'étendre au-delà du domaine public propre. Des régimes juridiques fortement inspirés de la domanialité publique fleurissent peu à peu en droit positif. Il faut alors s'interroger sur les raisons et les conséquences de ce phénomène en droit des biens publics. (Section II)

Section I : Une domanialité publique en fonction du degré de l'affectation du bien.

Depuis son apparition, la domanialité publique a toujours été associée aux biens incorporés au sein du domaine public. De là, ces biens obéissent à des règles très précises et rigoureuses destinées à préserver l'affectation des dépendances. (§1) Cependant, un phénomène récent met en évidence les inconvénients de cette domanialité publique. (§2)

§1- La domanialité publique : un régime juridique rigoureux.

Pour prendre la mesure de ce qu'implique le régime juridique applicable aux biens publics affectés au sein du domaine public, il faut s'arrêter sur la domanialité publique. Comprendre son origine, son fondement (A) et les règles qui la gouvernent sont autant de passages nécessaires pour mesurer les inconvénients de cette dernière. (B)

A-Un régime juridique ancien contraignant.

Afin de mieux comprendre l'éventuelle remise en question de la domanialité publique et les problèmes engendrés par son application, il faut nécessairement identifier précisément son origine et sa nature. L'étude des origines et des fondements permet de prendre la mesure de l'importance de la domanialité publique. La consistance de cette dernière doit alors faire l'objet de notre attention.

Présenter un régime juridique permet d'exposer les règles applicables à une notion juridique donnée, à savoir, en ce qui nous concerne, la notion d'affectation. Quelles sont ces règles juridiques qui régissent les biens du domaine public affectés ? Quels sont les principes de base qui s'appliquent une fois l'incorporation des biens au sein du domaine public acquise ?

En se reportant à la définition de la domanialité publique, on obtient la définition suivante : « Régime juridique applicable aux biens composant le domaine ; terme surtout employé dans l'expression « domanialité publique » pour qualifier l'ensemble des règles spéciales auxquelles sont soumis les biens composant le domaine public : affectation, inaliénabilité, insaisissabilité, imprescriptibilité, modes d'utilisation ».

Il semble évident que la domanialité publique ne s'applique qu'aux biens appartenant au domaine public des personnes publiques. L'article L. 3111-1 du CGPPP confirme cet état du droit⁵¹⁶. Le champ d'application de ce régime est précisé dans l'article suivant⁵¹⁷.

En aucun cas les biens du domaine privé ne sont touchés par ce régime juridique. Ils sont, pour la plupart, soumis à des règles semblables à celles du droit privé. Ils doivent néanmoins répondre aux règles de la propriété publique à savoir l'incessibilité à vil prix et l'insaisissabilité.

Le CGPPP reprend dans ces deux articles des règles classiques qui figuraient déjà à l'article L. 52 du Code du domaine de l'Etat. On les retrouve également dans le Code Général des collectivités territoriales⁵¹⁸.

Le pouvoir des propriétaires publics est alors paralysé et frappée d'indisponibilité c'est-à-dire qu'ils ne pourront pas disposer librement de leurs biens qui sont inaliénables et imprescriptibles.

Ces principes sont anciens. On trouve dans l'Edit de Moulins de 1566, l'origine du principe d'inaliénabilité. Cependant, G. Delaloy⁵¹⁹ a expliqué que la règle d'inaliénabilité est antérieure à l'Edit de Moulins puisqu'elle apparaît déjà dans une ordonnance à partir du règne de Philippe V en 1318.

A l'époque, le but premier de cet Edit était de protéger les biens de la Couronne contre les dilapidations royales. Il ne fallait pas que les rois puissent vendre leurs dépendances royales au prétexte d'une guerre ou d'un autre événement car le domaine royal était la source

⁵¹⁶ L'article L. 3111-1 CGPPP énonce : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles ».

⁵¹⁷ L'article L. 3111-2 CGPPP énonce: « Le domaine public maritime et le domaine public fluvial sont inaliénables sous réserve des droits et des concessions régulièrement accordés avant l'Edit de Moulins de février 1566 et des ventes légalement consommées de biens nationaux. »

⁵¹⁸ L'article L. 1311-1 du CGCT énonce: « Conformément aux dispositions de l'article L.3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, les propriétés qui relèvent du domaine public des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont inaliénables et imprescriptibles. »

⁵¹⁹ G. Delaloy, « Faut-il supprimer les principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP*, n°3, 2006, p. 575 et s.

principale de revenus du Royaume. Les rois percevaient différents revenus provenant notamment du droit d'usage des dépendances domaniales. Cette source était la plus importante puisque l'impôt demeurait une exception. En effet, le roi prélevait rarement l'impôt car les ressources domaniales suffisaient.

Dans son article consacré à l'étude du principe d'inaliénabilité, H.G Hubrecht⁵²⁰ constate que le système féodal et la souveraineté royale ont peu à peu laissé place à la souveraineté nationale. Les révolutionnaires ont pour ainsi dire abrogé ce principe d'inaliénabilité puisqu'ils vont considérer que des aliénations du domaine sont possibles si le peuple y consent. Autrement dit, le législateur post-révolutionnaire estime qu'une loi peut autoriser les aliénations. C'est à cette période que la Nation va se séparer de beaucoup de biens nationaux avec l'aval du peuple, *via* la loi, expression de la volonté générale.

Cet état du droit est rendu possible en raison de l'absence de distinction entre le domaine public et le domaine privé. Le domaine de la Nation ne fait pas de distinction entre le domaine privé et le domaine public. Le droit positif va ensuite intégrer la doctrine du 19^{ème} siècle et opérer au sein de la propriété de l'Etat, une différence entre le domaine public et le domaine privé. Le règle de l'inaliénabilité va alors faire son retour mais ne va s'appliquer qu'aux seuls biens du domaine public. Tous les biens de la propriété publique, de l'Etat ou d'autres collectivités publiques, ne sont pas concernés par cette règle de l'inaliénabilité et plus généralement par le régime juridique de la domanialité publique. Seuls ceux appartenant au domaine public seront régis par ces règles. Outre cette différence du champ d'application de la règle d'inaliénabilité par rapport aux biens de l'Ancien Régime, nous verrons que le fondement de cette dernière a changé.

Le régime juridique de la domanialité complète celui de la propriété publique et vient parfois se superposer à ce dernier. La propriété publique est entièrement régie par le régime juridique illustré par le principe de l'insaisissabilité et de l'imprescriptibilité. S'ajoutera éventuellement à ce premier régime juridique celui de la domanialité publique si les biens en question appartiennent au domaine public⁵²¹. Le régime de la domanialité publique est complémentaire en ce sens à celui de propriété publique.

⁵²⁰ H.G Hubrecht, « L'inaliénabilité. Passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 417 et s.

⁵²¹ P. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997.

Si les biens en question appartiennent au domaine public, les règles de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité vont alors s'appliquer. De quoi s'agit-il réellement ? Du principe d'inaliénabilité va découler notamment deux interdictions : celle de vendre les dépendances du domaine public mais également celle de constituer des droits réels sur le domaine public.

La première des conséquences entraîne la nullité de toutes les ventes de biens appartenant au domaine public qui ne seraient pas déclassés et *a fortiori* non désaffectés. Cette règle de l'inaliénabilité peut être soulevée par différentes personnes notamment la collectivité propriétaire de la dépendance en question, un tiers, l'acquéreur⁵²² ou encore le service affectataire. Dans ces cas-là, le juge judiciaire sera, le plus souvent, compétent à moins que la question de la domanialité ne se pose, ce qui nécessitera l'intervention du juge administratif. L'action en nullité est très souvent présentée devant le juge judiciaire qui appliquera les règles de la prescription acquisitive de l'article 2272 du Code Civil⁵²³. Mais le juge administratif sera toujours compétent si une question relative à l'appartenance du bien au domaine public se pose. De plus, l'action devant le juge est imprescriptible car le domaine public est lui-même imprescriptible.

Cette nullité des ventes ou des échanges a été reconnue à la fois par le juge judiciaire et le juge administratif⁵²⁴. Si la nullité est prononcée, le cocontractant de l'administration devra restituer le bien, même s'il prouve sa bonne foi. L'administration devra restituer à ce dernier le prix de la transaction et le dédommager du préjudice subi du fait de l'annulation.

L'inaliénabilité frappe à la fois les immeubles mais aussi les biens mobiliers faisant partie du domaine public⁵²⁵.

Le principe d'inaliénabilité a pour autre conséquence grave d'interdire la constitution de droits réels sur le domaine public. Permettre à des tiers de grever de manière plus ou moins durable le domaine public de droits réels tels que le droit d'usufruit⁵²⁶, d'emphytéose⁵²⁷ ou

⁵²² CE, 13 octobre 1967, Cazeaux, rec. CE p. 368, *RDP*, 1968, note M. Waline.

⁵²³ L'article 2272 du Code civil énonce : « Le délai de prescription pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans. »

⁵²⁴ Civ. 1^{ère}, 2 avril 1963, Montagne contre Réunion des Musées de France, *AJ* 1963, p. 486, note J. Dufau ; CE, 1^{er} mars 1989, Béro, *DA*, 1989, n°244.

⁵²⁵ CAA Douai, 24 juillet 2008, Commune de Rouen, *JCP G* 2008, II, 10181, Commentaire Saujot : à propos d'un meuble, en l'espèce il s'agissait d'une tête de Maorie détenue par le Muséum d'histoire naturelle de Rouen.

⁵²⁶ Le terme usufruit se définit ainsi : « Droit réel par essence temporaire, dans la majorité des cas viagers, qui confère à son titulaire l'usage et la jouissance de toutes sortes de biens appartenant à autrui, mais à charge d'en conserver la substance ; présenté comme un démembrement de la propriété, en tant qu'il regroupe deux attributs

des servitudes⁵²⁸, serait admettre une aliénation partielle du domaine public. En effet, ces droits autorisent un démembrement du droit de propriété et tolèrent que des personnes autres que des personnes publiques, soient propriétaires d'une partie du domaine public. Le principe d'inaliénabilité du domaine public interdit cette option. L'arrêt de principe a été rendu, sur cette question, par le Conseil d'Etat⁵²⁹ qui estime que les clauses contractuelles conférant un droit réel sur une dépendance du domaine public sont nulles. La Haute Juridiction explique que le bail emphytéotique qui confère un droit réel à son titulaire, est incompatible avec les principes de la domanialité publique.

Cette règle fondamentale est lourde de conséquences tant du point de vue des personnes privées qui voudraient investir sur le domaine public mais également pour les personnes publiques qui n'attirent pas ces éventuels investisseurs. Le législateur est donc intervenu à plusieurs reprises pour déroger à cette interdiction toujours en vigueur aujourd'hui et rappelée dans le CGPPP. Nous nous demanderons si ces dérogations vont permettre davantage d'investissements sur le domaine public. Il n'en demeure pas moins que le souci de la préservation de l'affectation sera toujours présent.

Le principe d'inaliénabilité du domaine public emporte plusieurs conséquences, notamment l'impossibilité d'exproprier le domaine public⁵³⁰. Cet aspect du principe d'inaliénabilité a été abordé lors des développements sur les mutations domaniales. Le recours à la théorie des mutations domaniales, qui permet un changement autoritaire d'affectation, constitue un moyen de contourner cette impossibilité. Cette interdiction n'a jamais été remise en cause et le Conseil d'Etat estime qu'elle vaut non seulement à l'égard des personnes privées mais aussi entre personnes publiques. Il énonce cette position dans un avis de 1992⁵³¹.

démembrés du droit de propriété. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée usufruit.

⁵²⁷ L'emphytéose se définit ainsi : « Droit réel sur un immeuble corporel né d'un bail emphytéotique et caractérisé par sa longue durée (18 à 99 ans), la modicité de sa redevance, le droit de céder et d'hypothéquer » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n° 9, 2011 : entrée emphytéose.

⁵²⁸ La servitude se définit ainsi: « Charge établie sur un immeuble pour l'usage et l'utilité d'un autre immeuble appartenant à un autre propriétaire. Démembrement de la propriété de l'immeuble qu'elle grève (appelé fonds servant), elle est un droit accessoire de la propriété du fonds auquel elle profite. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée servitude.

⁵²⁹ CE, 6 mai 1985, Association Eurolat-Crédit Foncier de France, Rec. du Conseil d'Etat, p. 141 ; *AJDA*, 1985, p. 620, note de E. Fatôme.

⁵³⁰ CE, 21 novembre 1884, Conseil de fabrique de l'église de Saint-Nicolas-des-Champs, Rec. Conseil d'Etat, p. 803, conclusion Marguerie.

⁵³¹ CE, avis, 26 mai 1992, n°351788, *EDCE*, 1992 p. 431 : « Le principe d'inaliénabilité du domaine public fait obstacle à ce que ces dépendances domaniales fassent l'objet d'une procédure d'expropriation au profit de la collectivité responsable de l'aménagement, qui conduirait à opérer un transfert de propriété d'une collectivité publique à une autre collectivité publique. »

L'inaliénabilité commande aussi l'incompatibilité entre la domanialité publique et le régime de la copropriété. Le raisonnement est simple : dès lors que la loi sur la copropriété⁵³² admet notamment la constitution d'hypothèque, ce régime entre en contradiction avec les principes de la domanialité publique et notamment celui de l'inaliénabilité⁵³³.

Pour certains auteurs comme R. Chapus, l'ultime conséquence du principe d'inaliénabilité est l'imprescriptibilité du domaine public. Si pour cet auteur, l'imprescriptibilité est une conséquence du principe d'inaliénabilité du domaine public, pour d'autres comme P. Godfrin, il est indéniable que ces deux principes sont complémentaires. Certes, ils sont distincts mais restent liés. L'imprescriptibilité empêche les personnes publiques d'être dépossédées de leurs biens sans en être conscientes. Les personnes publiques peuvent parfois négliger inconsciemment leurs dépendances. C'est la raison pour laquelle elles vont pouvoir revendiquer leur droit de propriété à tout moment. Ce principe entraîne l'imprescriptibilité de l'action en revendication de biens irrégulièrement aliénés et de l'action domaniale, à savoir la demande de réparation des dommages causés au domaine public⁵³⁴. Cela va également avoir pour conséquence d'empêcher toute possession utile. Une action possessoire contre les personnes publiques sera donc irrecevable⁵³⁵. Aussi, toute personne qui voudrait revendiquer un droit de propriété acquis par prescription⁵³⁶, sera irrecevable.

Cette description des conséquences du régime de la domanialité publique montre à quel point ce dernier est rigoureux. Il laisse peu de marge de manœuvre aux personnes publiques désireuses d'exploiter leurs domaines. Ce régime très sévère tend à s'assouplir sur certains points mais l'essentiel reste en vigueur.

Si la domanialité est un régime aussi contraignant, c'est parce que son but est la protection ultime de l'affectation domaniale.

⁵³² Loi du 10 juillet 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, n°65-557, *JO* du 11 juillet 1965, p. 5950, complétée par le décret du 17 mars 1967, n°67-223, *JO* du 22 mars 1967, p. 2742.

⁵³³ CE, 11 février 1994, Compagnie d'assurance Préservatrice Foncière, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 65.

⁵³⁴ CE, 1^{er} mars 1967, Dlle Lescot, *RDP*, 1968, p. 175, note M. Waline : demande de réparation suite au sectionnement d'un câble téléphonique.

⁵³⁵ C. Cassation, 1^{ère} Civ, 6 mars 1968 : *Bull. Civ. I*, n°89, p. 71.

⁵³⁶ Qui classiquement, en droit civil des biens est de trente ans.

B-Un régime juridique au service de l'affectation

A en juger par la sévérité du régime d'affectation, les raisons sont alors multiples à l'instauration de telles règles. Le fondement majeur de l'existence de ces règles est l'affectation. Plus précisément, leur raison d'être réside dans l'obligation de protéger efficacement les biens affectés à l'utilité publique. Cette protection est d'ailleurs apparue après le Moyen Age, à l'époque où le domaine était considéré comme la source essentielle des revenus de l'Etat.

Ce n'est plus le cas aujourd'hui⁵³⁷. L'unique but des règles de la domanialité publique est la préservation de l'affectation. Par conséquent, ce régime juridique commence à s'appliquer au début de l'affectation et cesse à la fin de celle-ci, si le bien n'assure plus un but d'utilité publique.

L'enjeu est alors de saisir la véritable raison d'être du régime de la domanialité publique.

L'intérêt, à ce stade de la démonstration, est d'observer que le critère finaliste du droit des biens publics, à savoir l'affectation, est mis en avant à la fois par la doctrine et la jurisprudence. C'est au nom de ce critère que le régime de la domanialité est aujourd'hui maintenu. L'enjeu, encore une fois, est de dire que l'essentiel réside dans cette destination à l'utilité publique.

Afin d'illustrer ces propos, il faut étudier davantage le fondement de la domanialité publique. Pour que les biens intègrent le domaine public, ils doivent non seulement appartenir à une personne publique, mais aussi et surtout être affectés soit à un usage direct du public, ou à un service public auquel cas ils auront reçu des aménagements indispensables⁵³⁸. C'est au commencement de l'affectation, et non à partir du moment où le bien devient propriété de la personne publique, que vont s'appliquer ces règles strictes. L'inaliénabilité, la plus importante des règles de la domanialité publique, va ainsi s'appliquer sur cette affectation et cessera de produire ses effets à partir du moment où l'affectation s'achèvera.

⁵³⁷ G. Delaloy, « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP*, n°3, 2006, p. 575.

⁵³⁸ L'article L. 2111-1 du CGPPP énonce : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué de biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

L'inaliénabilité suit l'affectation et quand cette dernière n'est plus d'actualité, l'inaliénabilité disparaît avec celle-ci. L'application de ce régime juridique n'est pas irréversible. L'interdiction de vendre les biens du domaine public n'est pas un principe absolu. Les personnes publiques peuvent se séparer d'un bien appartenant au domaine public mais elles doivent au préalable respecter plusieurs étapes. D'une part, elles devront constater que le bien en question n'est plus affecté à une utilité publique, d'autre part, elles devront prendre un acte de déclassement du domaine public⁵³⁹. Le bien n'étant plus affecté, il redevient alors disponible. Les personnes publiques peuvent s'en séparer car la règle de l'inaliénabilité perd son fondement. Le déclassement et la désaffectation permettent d'intégrer les biens au domaine privé. Cela offre aux personnes publiques la possibilité de les gérer avec plus de souplesse, voire de les vendre. Elles pourront à terme les vendre à des tiers, à condition tout de même de respecter le régime de la propriété publique qui impose de ne pas vendre en dessous de la valeur vénale du bien.

Si une personne publique souhaite soustraire son bien au régime contraignant de la domanialité publique, ces deux étapes sont incontournables. La désaffectation implique que le bien ne remplisse plus les exigences nécessaires à son appartenance au domaine public. En d'autres termes, cela signifie que celui-ci n'est plus affecté à l'usage du public ou au service public. On peut très bien imaginer des cas concrets comme la fermeture d'une école, d'une ligne de chemin de fer, la destruction d'un bâtiment public. Il suffit alors que l'administration constate cette désaffectation de fait, ce qui, précisons le tout de suite, ne suffit pas à faire sortir un bien du domaine public⁵⁴⁰. Dans la plupart des cas, un acte administratif ne sera pas exigé. En revanche, un acte administratif est obligatoire lorsque la désaffectation concerne un lieu de culte ou un établissement scolaire.

La deuxième étape : le déclassement. Il est obligatoire pour permettre une éventuelle sortie du bien du domaine. Le déclassement est constaté par un acte administratif qui peut revêtir des formes variables. Il peut s'agir d'un décret ou d'un arrêté. Il y a peu de formalisme en la matière. Le plus souvent une autorité administrative prendra cet acte, mais nous constaterons ensuite que le législateur intervient de plus en plus dans ce domaine en procédant à des déclassements massifs de patrimoines d'anciens établissements publics notamment. Exception faite de l'intervention ponctuelle du législateur, c'est, en principe, le propriétaire du bien en

⁵³⁹ L'article L. 2141-1 du CGPPP énonce : « Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement. »

⁵⁴⁰ CE, 20 juin 1930, Marrot, Rec. Conseil d'Etat, p. 644, S. 1931, III, p. 31, conclusions Rivet.

question qui décidera de procéder au déclassement du domaine public⁵⁴¹. Cette compétence s'explique par le fait que le propriétaire dispose également du pouvoir d'affectation. Ces deux pouvoirs, pourtant autonomes sont très souvent détenus par la même personne : le propriétaire. Cela dit, il peut arriver que les deux pouvoirs soient distincts. Dans ce cas, si le propriétaire veut procéder au déclassement, il ne pourra le faire seul. Il devra respecter le pouvoir de l'affectataire. Cela montre à quel point le respect de l'affectation prime sur la volonté du propriétaire. Le cas des locaux destinés à l'enseignement scolaire illustre cette idée⁵⁴².

Une fois cet acte de déclassement opéré, le bien sort du domaine public et le régime de la domanialité publique ne s'applique plus. Cependant, cela n'a pas pour effet de pousser le bien en dehors de la propriété publique. Il faudra encore les formalités de vente du bien en question. Le bien déclassé reste la propriété de la personne publique. En règle générale, l'acte procédant au déclassement du bien intervient après la désaffectation de celui-ci, mais cet ordre n'est pas obligatoire. Le déclassement peut très bien intervenir avant la désaffectation, mais pour sortir du domaine public, le bien devra tout de même être absolument désaffecté après coup⁵⁴³. Le CGPPP a prévu des exceptions en prévoyant que le déclassement puisse intervenir avant la désaffectation. Quand bien même l'acte de déclassement arriverait avant la désaffectation, cet acte n'aurait pas pour effet de faire sortir le bien du domaine public au nom de la règle de l'inaliénabilité⁵⁴⁴. C'est une jurisprudence constante de la part du juge administratif qui est tenue à ce propos. Pourtant, nous verrons que si cette règle demeure le principe, aujourd'hui le législateur apporte de nombreuses dérogations. Des biens qui sont encore affectés à des services ont été déclassés et appartiennent désormais à des personnes privées.

Si les deux conditions sont absolument nécessaires pour sortir un bien du domaine public, ceci n'est pas impossible. Le principe d'inaliénabilité pourtant fondamental est commandé par l'affectation et doit suivre cette dernière. Si l'affectation disparaît, le principe d'inaliénabilité disparaît aussi. R. Chapus l'exprime très bien en disant que « ce n'est pas la nature des choses qui fait obstacle à l'aliénabilité du domaine public, c'est son affectation à l'utilité publique. Que cette affectation prenne fin, ce qui était domaine public devient domaine privé et se trouve soustrait au principe d'inaliénabilité. »⁵⁴⁵

⁵⁴¹ CE, Avis, 27 janvier 1977, n°518.858.

⁵⁴² CE, 2 décembre 1994, Département Seine-Saint-Denis, *RFDA*, n°4, juillet-août 1995, p. 655.

⁵⁴³ CE, 22 avril 1977, Michaud, *AJDA*, 1977, Rec. Conseil d'Etat, p. 441, conclusions Franc.

⁵⁴⁴ CE, 9 mai 1958, Delort, *AJDA*, 1958, II, Rec. Conseil d'Etat, p. 331, conclusions M. Long.

⁵⁴⁵ R. Chapus, *Droit administratif Général*, Tome 2, 15^{ème} édition, 2001, p. 423.

Dès lors que celle-ci n'a plus lieu d'être, on peut alors revenir sur le principe d'inaliénabilité. Ce principe n'a d'ailleurs jamais reçu de la part du Conseil Constitutionnel une valeur constitutionnelle.

A l'occasion du contrôle de la constitutionnalité de plusieurs lois procédant à des déclassements de biens appartenant au domaine public, le Conseil Constitutionnel a considéré que le principe d'inaliénabilité ne s'opposait pas à leurs aliénations si au préalable, ils avaient été déclassés. Le Conseil a très souvent refusé de reconnaître la valeur constitutionnelle du principe d'inaliénabilité⁵⁴⁶. Il a parfois détourné la question quand cela lui était possible⁵⁴⁷.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est inchangée sur ce point. La valeur législative des principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité est d'ailleurs consacrée par le CGPPP. Le législateur dans le Code y apporte des dérogations tout en sachant que le législateur a défini des limites qui ont été fixées par le Conseil Constitutionnel, à propos justement de la protection du domaine public. Certes, le principe d'inaliénabilité n'a pas valeur constitutionnelle, mais des exigences constitutionnelles telles que celle de la continuité des services publics s'impose au législateur. Nous aborderons ce point lors de notre étude de la protection du domaine public. Le législateur, s'il désire aliéner certains biens se trouve limité par d'autres impératifs constitutionnels comme le respect de la continuité du service public.

Mettant entre parenthèses à ce stade de nos développements les réserves émises par le Conseil Constitutionnel, il faut souligner que le principe d'inaliénabilité est relatif. On se rapproche alors des thèses de R. Capitant qui dans sa célèbre note sur l'arrêt Commune de Barran⁵⁴⁸ rendu par le Conseil d'Etat le 17 février 1932, énonce les propos suivants : «A vrai dire, il n'y a plus, dans le domaine, de choses inaliénables. Il n'y a plus que des choses affectées. La notion d'inaliénabilité s'est changée en celle d'affectation (...) Si l'on veut encore parler d'inaliénabilité, que ce ne soit plus d'inaliénabilité de la chose, mais de l'affectation. C'est l'affectation qui est inaliénable et irrévocable. » Pour ce dernier, peu importe le propriétaire de la chose affectée pourvu qu'il respecte cette destination.

Même si les dépendances ne sont pas désaffectées, elles pourraient très bien être aliénées à partir du moment où l'on respecte cette affectation.

L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité doivent d'ailleurs être uniquement soumises à l'affectation.

⁵⁴⁶ CC, 21 juillet 1994, Droits réels sur le domaine public, n°94-346 DC note G. Gondouin, *AJDA*, 20 novembre 1994, p. 786 (14^{ème} considérant) ; CC, 23 juillet 1996, France Télécom, *AJDA*, 20 septembre 1996, p. 694 et s (5^{ème} considérant).

⁵⁴⁷ CC, 18 septembre 1986, Liberté de communication, n°86-217 DC, p. 141, 88^{ème} considérant : le CC esquive la question en énonçant « Sans qu'il soit besoin de rechercher si le principe [...] a valeur constitutionnelle. »

⁵⁴⁸ R. Capitant, note sous CE, 17 février 1932, Commune de Barran, *D.* 1933, III^{ème} partie, p. 49.

L'importance du respect de cette affectation résultant du régime de la domanialité publique se manifeste au travers de la possibilité offerte aux tiers, vis-à-vis des biens, de pouvoir revendiquer l'application des règles de la domanialité publique. Ils peuvent notamment se prévaloir de la règle d'inaliénabilité lorsqu'il s'agit de défendre leurs droits. Dans le cas le plus fréquent de la vente d'un bien, leur action n'aura pas pour but d'annuler la vente mais cette dernière leur sera inopposable⁵⁴⁹.

La possibilité est, en outre, ouverte à toute personne de faire un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable autorisant l'aliénation⁵⁵⁰.

Ces possibilités traduisent l'idée que les personnes utilisatrices du domaine public, profitant de l'utilité publique, peuvent défendre cette destination. L'inaliénabilité est instaurée non seulement au profit des personnes publiques mais aussi des tiers qui sont les premiers concernés par cette affectation des dépendances publiques.

La raison d'être du sévère régime de la domanialité publique est de servir l'affectation des dépendances. Mais, la domanialité publique ne s'appliquera plus si la protection de l'affectation n'est plus justifiée. Nous rejoignons alors le point de vue de R. Capitant qui considère que seule l'affectation est inaliénable.

Pour cette raison, la domanialité publique doit savoir évoluer et s'adapter aux nouvelles tendances qui frappent les dépendances domaniales. Gardons à l'esprit que seule l'affectation est inaliénable et justifie l'entrée du bien au sein du domaine public ainsi que l'application du régime juridique qui va avec. Cette évolution doit désormais retenir notre attention.

⁵⁴⁹ CE, 13 octobre 1967, Cazeaux, Rec. Conseil d'Etat p. 368 ; *RDP*, 1968, note M. Waline.

⁵⁵⁰ CE, 9 mai 1958, Delort, *AJDA*, 1958, II, p. 331, conclusions M. Long.

§2- La domanialité publique : un régime juridique à repenser.

Le régime de la domanialité est assez lourd pour les personnes publiques qui doivent gérer leur domaine public. Les règles de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité sont très contraignantes, ce qui explique que depuis quelques années on tente par différents moyens de faire échapper les biens de ce régime juridique. Il semble alors utile de se pencher sur ces différentes manifestations qui tendent à restreindre le champ d'application de la domanialité publique. (A)

Paradoxalement, si certains biens échappent aujourd'hui au régime pur de la domanialité publique, celle-ci semble tout de même avoir de l'influence même en dehors du domaine public. (B)

A-La domanialité publique à recentrer sur le noyau dur du domaine public.

Si aujourd'hui la domanialité fait débat, c'est parce que son champ d'application est trop large. Une partie de la doctrine considère qu'un nombre trop important de biens se trouvent inclus dans le domaine public. Ce phénomène est assez grave car il emporte l'application du régime de la domanialité publique alors que dans certains cas, l'affectation ne justifie pas son application. Depuis longtemps une réforme du droit des biens publics est demandée, notamment pour restreindre le champ d'application de la domanialité publique. En 1986, un rapport du Conseil d'Etat constatait déjà ces dérives. Ce rapport sous la direction de Mme Latournerie⁵⁵¹ n'a pas donné lieu à une réforme majeure. Puis en 1999 M. Querrien, alors conseiller d'Etat honoraire, a animé un groupe interministériel afin de rédiger un Code des propriétés publiques qui n'a finalement pas vu le jour. La volonté était d'inspirer des réformes et de trouver une solution à l'incorporation trop massive de biens au sein du domaine public. Pour intégrer le domaine public, les biens doivent satisfaire un but d'utilité publique avec quelques aménagements spéciaux et être la propriété d'une personne publique. De simples promenades publiques avec pour aménagement spécial une chaîne au bout d'une allée se sont

⁵⁵¹ *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, Conseil d'Etat, *Etudes et Documents*, n°38, 1987, p. 13 et s ; *RDI*, juillet-septembre 1987, p. 313.

vues incorporer au domaine public⁵⁵². Lors de l'étude du rôle de l'affectation et de sa place en jurisprudence, on a pu constater à plusieurs reprises que la jurisprudence était souple sur l'exigence du critère de l'aménagement spécial. Les causes déjà étudiées sont multiples mais il s'agit de mesurer les conséquences d'un tel phénomène.

Le fait qu'un nombre important de biens intègrent le domaine public est bénéfique s'il s'agit réellement de protéger une affectation et qu'aucune autre option n'est envisageable. Dans ce cas, la règle de l'inaliénabilité joue pleinement son rôle. En revanche, si l'on applique ce régime sévère aux biens du domaine public dont l'affectation à une utilité publique est discutable ou alors qu'une autre solution est envisageable, on paralyse l'action de l'administration. L'application de la domanialité publique est superficielle, presque déplacée dans certains cas.

Puisque ce constat fait l'unanimité, pourquoi et comment faut-il repenser la domanialité publique aujourd'hui ?

Tout l'enjeu est de comprendre dans quelle mesure le régime de la domanialité est ou n'est pas efficace. Le fait de l'étendre à outrance, au nom de la protection de l'affectation, provoque des effets pervers. D'une part, cela empêche les personnes publiques de valoriser leurs patrimoines ; d'autre part, cela génère une multiplication des catégories particulières de biens destinés à être soustraits au régime de la domanialité publique.

En droit, lorsqu'il devient difficile d'expliquer un phénomène juridique, on parle de « crise ». Les crises les plus connues en droit public sont notamment celle concernant le critère de la puissance publique mais plus encore celle relative au service public. Le service public était autrefois géré par une personne publique et régi uniquement par le droit public. Progressivement, des personnes privées se sont mises à le gérer à la manière d'une entreprise privée. La crise résidait alors dans la difficulté d'identifier un service public puisque ce dernier pouvait désormais être géré par une personne privée⁵⁵³. Les services publics, ainsi gérés, bénéficient d'une plus grande souplesse de gestion.

On retrouve le même trouble au sein du droit public des biens en ce qui concerne le champ d'application de la domanialité publique. Trop de biens intègrent le domaine public, mais à

⁵⁵² CE, Ass. 11 mai 1959, Dauphin, Rec. Conseil d'Etat, p. 294, AJ 1959, I, p. 113, conclusions M. Combarrous et J-M Galabert.

⁵⁵³ CE, Ass. 13 mai 1938, Caisse Primaire Aide et Protection, Rec. Conseil d'Etat, p. 417.

l'inverse des biens encore affectés à un service public ne font pourtant pas partie du domaine public.

Au regard de ce constat, il faut alors réfléchir à une meilleure application de la domanialité publique.

Tout d'abord, le CGPPP a essayé de résoudre le problème de la consistance du domaine public par l'introduction d'un nouveau critère : celui de l'aménagement indispensable lorsque la dépendance est affectée à un service public⁵⁵⁴. Cette évolution a déjà été abordée en première partie⁵⁵⁵ mais nous pouvons rappeler que cette introduction laisse subsister des doutes quant à la réelle efficacité de la réduction de la consistance du domaine public. En effet, aucun aménagement n'est désormais demandé pour les biens affectés à l'usage direct du public. Le juge administratif ne semble pour l'instant pas plus exigeant sur le nouveau critère de l'aménagement indispensable pour les biens affectés à un service public⁵⁵⁶. Cependant, la jurisprudence va sans doute s'inspirer de la volonté législative qui, en 2006, était de réduire l'incorporation des biens au sein du domaine public⁵⁵⁷.

Outre cette volonté législative, beaucoup d'auteurs prônent de revenir à une sorte de « noyau dur » du domaine public. Cette expression désigne un domaine public composé de biens strictement affectés à une utilité publique et qui ne peuvent pas bénéficier d'une autre protection que celle offerte par le régime de la domanialité publique. Avec ce domaine public resserré, la domanialité publique rigide et sévère doit rester un régime d'exception.

Pour Y. Gaudemet⁵⁵⁸, le régime de la domanialité publique ne doit pas être étendu à outrance. Elle doit rester cantonnée à son but principal, à savoir la préservation de l'affectation. On peut citer ses propos : « quand elle déborde de cette fonction précise, quand elle demeure alors que

⁵⁵⁴ Cf. *supra* note n°538.

⁵⁵⁵ Voir nos développements du chapitre 2 du Titre I de la Partie I.

⁵⁵⁶ Voir par exemple, TC, 22 octobre 2007, Préfet des Bouches-du-Rhône c. Cour d'appel d'Aix-en-Provence ; Mlle Doucedame c. Département des Bouches-du-Rhône, *AJDA*, 2008, p. 1145.

⁵⁵⁷ Rapport du Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, Annexe 1 du CGPPP 2011, Litec, p. 497 : « En termes de définitions générales, celle du domaine public immobilier est fondée sur les critères jurisprudentiels de l'affectation d'un bien à l'usage direct du public ou au service public pourvu qu'en ce dernier cas, ce bien fasse l'objet d'un aménagement indispensable à la mission de service public. L'existence d'un simple aménagement spécial n'est ainsi plus suffisante pour caractériser la nature domaniale d'un bien. Il s'agit de proposer une définition qui réduit le périmètre de la domanialité publique. C'est désormais la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable pour concrétiser l'affectation d'un immeuble au service public, qui déterminera de façon objective l'application à ce bien du régime de la domanialité publique. »

⁵⁵⁸ Y. Gaudemet, « Synthèse des travaux », colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques, *JCP N*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1906.

cette dernière n'est plus à satisfaire, elle n'a plus lieu d'être et elle devient alors une entrave à la valorisation du bien, c'est-à-dire qu'elle se retourne, comme un certain nombre de régimes de droit public, contre les intérêts mêmes de la collectivité publique propriétaire. »

Illustrant l'effet pervers de l'application outrancière d'un régime juridique entravant notamment l'activité économique des personnes publiques, E. Fatôme⁵⁵⁹ constate que le régime de la domanialité publique est désuet. Pour cette raison, le législateur est intervenu de plus en plus fréquemment pour exclure les biens de certains services publics du champ d'application de la domanialité publique. Pour cette même raison, le législateur est venu apporter des exceptions au principe de l'inaliénabilité du domaine public et a autorisé la constitution de droits réels.

Plusieurs régimes juridiques spécifiques sont apparus et concernent certaines catégories de biens qui doivent être plus ou moins protégés selon leur utilisation, leur affectation. Cette adaptation des règles fait dire à certains que la distinction entre le domaine public et le domaine privé n'est pas fondamentale. Il semble plus pertinent de parler d'une gradation allant du régime le plus protecteur au régime le moins protecteur pour les biens affectés.

Cette entrave que peut provoquer l'application d'un tel régime juridique est traitée depuis longtemps en doctrine. A. de Laubadère⁵⁶⁰ souligne l'opposition de plusieurs auteurs sur ces idées. Il souligne l'opposition première entre deux auteurs du début du vingtième siècle, R. Capitant et M. Jansse. Ces auteurs divergent notamment sur les relations à établir entre propriété administrative, domanialité publique et affectation. Pour le premier, la domanialité publique se confond purement et simplement avec l'affectation. Il va même jusqu'à dire qu'elle fait double emploi avec celle de l'affectation et qu'elle doit disparaître, l'affectation étant plus souple et plus riche. La notion d'inaliénabilité du domaine devrait alors disparaître. Quand le bien a reçu une affectation, aucun acte de l'administration ne doit la contrarier. S'il y a aliénation, l'acte doit le permettre et la charge d'affectation continuera de grever le bien entre les mains du nouveau propriétaire.

Pour M. Jansse, la conception est beaucoup plus radicale puisqu'il considère que l'affectation est une notion complètement étrangère à la domanialité publique. Pour lui, les règles très strictes qui la composent ne trouvent pas leur fondement dans l'affectation. Il opère alors une

⁵⁵⁹ E. Fatôme, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1192.

⁵⁶⁰ A de Laubadère, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », *RDP*, 1950, tome 70, p. 5.

distinction entre le domaine public et les « biens affectés » qui, eux seuls, répondent au critère de l'affectation.

Nous pouvons d'ores et déjà éliminer cette thèse, qui ne reflète absolument pas la réalité et encore moins le droit positif actuel.

La conception de R. Capitant a fait l'objet de nombreuses critiques notamment par M. Waline⁵⁶¹. Il met en relief les inconvénients qu'une telle conception présente pour l'acquéreur d'un bien affecté, obligé de payer le prix sans pouvoir disposer de la chose. A. de Laubadère adresse une critique plus générale à la conception selon laquelle la domanialité publique se confondrait avec celle de l'affectation et pourrait disparaître. M. Waline à l'époque déjà disait que la notion d'affectation était insuffisante, car elle laissait sans réponse un certain nombre de questions que seule l'idée de propriété permettait de résoudre. Mais de toute façon, même complétée par l'idée de propriété, l'idée d'affectation ne saurait remplacer les concepts habituels d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité qui forment, pour cet auteur, la domanialité publique.

C'est ce qu'il va falloir préciser ici. Personne ne conteste que l'affectation des biens domaniaux à l'utilité publique implique, pour être garantie, certaines règles protectrices. C'est la conception classique de la domanialité.

La remise en cause de la distinction entre le domaine public et le domaine privé pose la question de l'intérêt de la domanialité et de son champ d'application. Un auteur s'illustre particulièrement. Il s'agit de L. Duguit⁵⁶², selon lequel cette distinction n'a qu'une valeur relative car en réalité toutes les dépendances de l'Etat, même celles du domaine privé, sont en fait soumises à des règles particulières. On reconnaît là sa théorie sur l'échelle de la domanialité. Duguit constate qu'aucune théorie du domaine public n'est satisfaisante. Il explique que des dépendances domaniales ont été classées en deux catégories distinctes, le domaine public et privé, et qu'à l'intérieur de ces catégories les biens ont été soumis à un même régime juridique. Une distinction, selon lui, doit cependant être maintenue. Il préconise pour les biens du domaine privé, non pas une absence de domanialité, mais une domanialité réduite à l'extrême et énonce « que suivant la nature de la chose, la catégorie du service, le mode d'affectation ou d'emploi, la domanialité est différente, les règles qui s'appliquent sont diverses ». Mais le service public est toujours là pour indiquer la direction. Il énumère six

⁵⁶¹ M. Waline, note sur Cour de Paris, 13 mai 1933, Ville d'Avalon contre consorts Lepoux, *D.* 1934, II, p. 101.

⁵⁶² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Tome 3, E. de Boccard, 1923.

catégories, sur lesquelles nous reviendrons, et prouve ainsi que l'unité du domaine public n'est pas assurée.

Cette théorie a notamment été suivie par J-M. Auby⁵⁶³, et tend à s'appuyer davantage sur le domaine privé. Aujourd'hui, F. Melleray⁵⁶⁴ expose les atouts de cette doctrine. Pour lui, l'échelle de la domanialité dans le droit de la propriété signifie qu'en lieu et place de l'opposition binaire entre le domaine public et le domaine privé, une conception moins rigide peut lui être substituée. Un dégradé de régimes juridiques, plus ou moins exorbitants du droit privé, serait alors préférable. Il va vérifier en pratique si sa théorie est pertinente. Or, elle semble l'être puisque la loi et la jurisprudence ont contribué à l'éclatement de la notion du domaine public, notamment avec les lois de 1988, de 1994 et de 2002. La loi de 2002 étend la possibilité de recourir au crédit-bail dans certains domaines. Ces réformes ont pour but de faciliter la valorisation économique du domaine public. De plus, l'auteur fait remarquer qu'en ce qui concerne le régime applicable, certaines règles de droit public vont s'appliquer au domaine privé. Pour l'auteur, c'est un retour à la conception de R. Capitant qui avait proposé de reconstruire la théorie de la domanialité autour de la notion d'affectation. F. Melleray cite R. Capitant quand il explique que « l'idée d'affectation n'est pas nécessairement liée à l'idée du domaine. Des biens privés, appartenant à des particuliers, peuvent également être affectés à une destination publique. [...] La question de l'affectation d'un bien est indépendante de la propriété [...] C'est l'affectation qui crée le régime spécial ». Pour F. Melleray, cette conception correspond à la réalité car la doctrine contemporaine fait la distinction entre la propriété publique et la domanialité. Il est intéressant de souligner que la théorie de R. Capitant permet d'inclure aujourd'hui les cas des biens de la Poste ou de France Télécom. Ces biens sont soumis à des régimes similaires visant à protéger et garantir leur affectation.

Pour cet auteur, l'échelle de la domanialité devient alors évidente car elle dissocie la propriété et la domanialité et fait de l'affectation la pierre angulaire de cette dernière.

L'explication doctrinale de cette « crise du domaine public » et de l'extension à outrance de la domanialité publique ne fait pas l'unanimité. Il nous semble évident que la thèse de l'échelle de la domanialité explique le droit positif actuel. Il faut approfondir cette

⁵⁶³ J-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1958, p. 35.

⁵⁶⁴ F. Melleray, « L'échelle de la domanialité », *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz 2004, p. 287.

thèse alors même que le CGPPP laisse perdurer la distinction entre le domaine public et le domaine privé. Si l'on conserve cette distinction, seuls les biens affectés à une utilité publique fragile, qui nécessitent une protection accrue, doivent bénéficier du régime strict de la domanialité publique. Appartiennent à cette catégorie, les biens affectés aux libertés publiques comme le domaine public routier, ainsi que ceux chargés d'accueillir le public et qui permettent la mise en œuvre de la liberté d'aller et venir. En revanche, les autres biens, ceux affectés à un service public, demeurent plus autonomes. Une soumission aux règles de la domanialité publique pure risquerait d'entraver la gestion de ces biens notamment ceux à usage commercial ou industriel.

Les régimes juridiques créés depuis quelques années par le législateur trouveraient enfin leurs explications. Ces régimes juridiques s'adapteraient à ce que les biens affectés commandent. Une protection plus ou moins forte pourrait alors leur être attribuée. L'intensité du régime dépend de l'affectation. Ainsi, on attache moins d'importance à la question de savoir si les biens doivent obligatoirement faire partie du domaine public ou appartenir à une personne publique.

C. Lavalie⁵⁶⁵ résume cette idée lorsqu'il énonce qu' « on relègue au second plan l'importance du propriétaire et [qu'] on s'attache plus à la finalité ».

Voyons alors comment ces règles de la domanialité publique peuvent s'appliquer ailleurs que sur le domaine public.

⁵⁶⁵ C. Lavalie : « Le domaine public : une catégorie juridique menacée ? », *RFDA*, mai-juin 1999, p. 578.

B-La domanialité publique : une application au-delà du domaine public et de la personne publique.

On peut constater que le régime de la domanialité publique au sens strict a vocation à s'appliquer aux biens relevant du domaine public, dans la mesure où ces biens ont besoin d'une protection rigoureuse. Mais nous avons démontré que tous les biens n'ont pas besoin d'une protection si exigeante. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils n'aient pas besoin de protection du tout. En effet, ces biens demeurent affectés à une utilité publique.

Au nom de cette affectation, les biens doivent alors recevoir une protection graduée. Il faut garder à l'esprit que cette notion d'affectation commande l'application d'un régime juridique au-delà du strict domaine public. Les différents modes de protection du domaine public qui se sont développés ces dernières années se sont inspirés à des degrés divers du régime de la domanialité publique.

L'enjeu est de concevoir que c'est la notion d'affectation qui commande un régime juridique et non le fait qu'un bien appartienne à une personne publique. Il faut dépasser le cadre du critère organique qui bloque les personnes publiques et ne reflète pas le droit positif.

La vraie question à se poser est : l'application d'un régime juridique, comme la domanialité publique ou un régime fortement inspiré, doit-il nécessairement dépendre de la présence préalable d'une personne publique ? Autrement dit, peut-on avoir des biens affectés à une utilité publique, qui n'appartiennent pas à des personnes publiques, et qui se voient pourtant contraints par certaines règles semblables à celles de la domanialité publique ?

La réponse est assurément positive. L'enjeu est de comprendre que la notion d'affectation transcende la distinction entre le domaine public et le domaine privé et qu'elle peut même concerner les personnes privées en charge d'un service public.

C. Lavialle⁵⁶⁶ remarque que la domanialité publique a un champ d'application très vaste et qu'elle peut s'appliquer aux biens des personnes privées affectés à un service public. Lorsqu'il constate ce phénomène, il parle notamment de l'arrêt EDF rendu par le Conseil d'Etat en 1998⁵⁶⁷. Dans son étude, il revient sur la crise du domaine public, retrace

⁵⁶⁶ Cf. *supra* note n°565, p. 578.

⁵⁶⁷ CE, Ass. 23 octobre 1998, EDF, *CJEG*, 1998, p. 490, conclusions de J. Arrighi de Casanova, note Delpirou. Cf. *supra* note n°565, p. 578.

l'historique et conclut que l'arrêt de 1998 constitue le point final de cette crise. Dans son célèbre considérant de principe, le Conseil déclare que si « en principe les biens appartenant à un établissement public, qu'il soit administratif ou industriel et commercial, font partie, lorsqu'ils sont affectés au service public dont cet établissement a la charge et sont spécialement aménagés à cet effet, de son domaine public (...), il en est toutefois autrement lorsqu'y font obstacle les dispositions de loi applicables à cet établissement ou à ses biens. » Or, EDF, qui entrait dans le champ d'application de la loi de nationalisation du 8 avril 1946, pouvait grâce à l'article 24 de cette loi, acquérir, louer et aliéner des biens à la manière des personnes privées.

A propos de cet arrêt, C. Laviolle tient les propos suivants qui emportent notre adhésion : « L'arrêt Electricité de France peut être perçu comme confirmant d'une certaine façon l'extension du champ d'application du régime domanial au-delà des seules propriétés publiques en ce qu'il autorise ce régime par rapport à son support. En le définissant par sa finalité : la protection de biens affectés il peut concerner aussi bien des patrimoines publics que privés. (...) De ce point de vue un effet positif de cette crise est de recentrer le régime domanial sur sa véritable raison d'être : l'affectation et de faire passer au second plan la qualité du propriétaire du bien. »

Cette vision est actuellement partagée par d'autres auteurs. Y. Gaudemet⁵⁶⁸ énonce: « [...] je crois que la Doctrine a encore à réfléchir à ce que j'appellerai la domanialité publique sans propriété publique, car on ne peut qu'être frappé aujourd'hui par l'apparition, la multiplication (France Télécom, Aéroport de Paris, d'autres) de régimes dans lesquels un régime d'affectation demeure justifié par l'affectation à l'utilité publique tandis que le propriétaire n'est plus un propriétaire public. (...) Il y a là un domaine important de réflexion et qui nous rapproche d'ailleurs d'autres systèmes juridiques dans lesquels la domanialité n'est pas, comme elle l'a été chez nous, historiquement liée à la propriété publique. »

Enfin, L. Rapp⁵⁶⁹ énonce à propos du CGPPP que: « Le critère de l'affectation publique transcende le régime des propriétés publiques et peut désormais concerner, au-delà du domaine privé d'une personne publique, la propriété d'une personne privée. » Il parle notamment des différents régimes juridiques créés par le législateur. Or si les exploitants ont été privatisés, on exige d'eux qu'ils respectent les sujétions imposées par le Conseil

⁵⁶⁸ Y. Gaudemet, « Synthèse des travaux », colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques, *JCP N*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1906.

⁵⁶⁹ L. Rapp, « Entrée et sortie des Biens (la propriété « choisie ») », *RFDA*, 2006, p. 916.

Constitutionnel. En effet et paradoxalement, les exploitants bien qu'ayant la forme de société commerciale continuent d'exploiter un service public et d'avoir besoin de leurs biens alors même que ceux-ci ont été déclassés.

L. Rapp rapproche ce phénomène des dispositions des articles L. 2142-2⁵⁷⁰ et L. 2141-3⁵⁷¹ du CGPPP. Il explique que ces déclassements anticipés pour les « nécessités du service public » « créent toutes les conditions de l'apparition d'un régime spécial des biens nécessaires au service public, quel qu'en soit le propriétaire, au-delà du régime d'affectation publique ».

Au regard de ces développements, nous ne pouvons qu'approuver ces différents constats. Il est clair qu'un *corpus* de règles, semblables à celles de la domanialité publique, apparaît au-delà des personnes publiques et *a fortiori*, au delà du domaine public. Ces nouvelles règles ne s'appliquent ni aux biens du domaine public, ni même à ceux du domaine privé, mais à des biens appartenant à des personnes privées affectés à un service public.

Cela emporte deux conséquences. D'une part, cela amène à relativiser la distinction entre le domaine public et le domaine privé. D'autre part, cela montre le recul du critère organique tant dans la définition du domaine public que pour l'application de son régime juridique.

Le premier constat déjà mis en avant par J-M Auby en 1958⁵⁷², tend à montrer que la distinction entre le domaine public et le domaine privé est relative. Cette distinction est pourtant réaffirmée par le CGPPP en 2006. La différence est malgré tout de plus en plus ténue. Dans les deux cas on rencontre des règles de pur droit privé et des règles strictement de droit public souvent engendrées par un besoin de protection accrue commandée par l'affectation. Il n'y a pas d'automatisme.

Cette impression ne fait que croître ces dernières années avec l'avènement de régimes juridiques législatifs créés de toutes pièces. Désormais, l'idée même de propriété publique comme préalable à l'application d'un régime de domanialité publique ou s'apparentant à celui-ci est remise en cause. La notion d'affectation est présente au sein même des personnes

⁵⁷⁰ L'article L. 2142-2 du CGPPP énonce : « Lorsqu'elles sont déclassées, les dépendances du domaine public fluvial mentionnées à l'article L. 2142-1 sont placées, pour les parties naturelles du lit, dans la catégorie des cours d'eau et lacs non domaniaux et, pour les autres parties, dans le domaine privé de la personne publique propriétaire. »

⁵⁷¹ L'article L. 2141-3 du CGPPP énonce : « Par dérogation à l'article L. 2141-1, le déclassement d'un bien affecté à un service public peut, afin d'améliorer les conditions d'exercice de ce service public, être prononcé en vue de permettre un échange avec un bien d'une personne privée ou relevant du domaine privé d'une personne publique. Cet échange s'opère dans les conditions fixées à l'article L. 3112-3. »

⁵⁷² J-M Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1958, p. 35.

privées et dans leurs patrimoines quand il s'agit pour elles de gérer des biens affectés à un service public. Le cadre de la propriété est ainsi dépassé alors même qu'aux termes du CGPPP il constitue le préalable nécessaire à toute application de règles de droit public comme la domanialité publique. On peut s'affranchir aujourd'hui de cette étape pour appliquer à des biens privés affectés à un service public, mais détenus par des personnes privées⁵⁷³, un régime calqué sur celui du domaine public.

Dans le sillage de plusieurs auteurs, nous proposons de franchir une étape supplémentaire. Des régimes juridiques guidés par la notion d'affectation se sont progressivement mis en place ces dernières années pour assurer le maintien et la protection de l'affectation. Il convient alors de les étudier.

Section II : Une domanialité spécifique pour des biens hors du domaine public : la permanence de la protection des biens affectés à une utilité publique.

Au cours de nos développements, nous avons souvent évoqué les différents régimes juridiques dérogeant à la domanialité publique qui ont vu le jour ces dernières années. Ces derniers sont des créations législatives qu'il faut étudier en détail pour comprendre l'intention du législateur et prendre conscience de leurs conséquences. A mesure que ces régimes juridiques se sont créés, pour des nécessités liées à la concurrence (§1), le législateur a néanmoins été guidé par le souci de préserver l'affectation, non seulement parce que des obligations constitutionnelles lui imposaient de le faire mais aussi parce qu'il comprenait que la domanialité publique ne pourrait plus jouer son rôle protecteur. (§ 2)

⁵⁷³ C. Logéat, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, Préface de J. Petit, L'Harmattan, juillet 2011, 492. p

§1- L'émergence progressive des biens privés affectés à des services publics en dehors du domaine public.

C'est à la fin des années quatre-vingt-dix qu'ont éclos un certain nombre de lois procédant au déclassement massif de biens ayant appartenu à des établissements publics ou à des entreprises publiques. Ces biens se sont alors retrouvés non seulement en dehors du domaine public mais aussi en dehors de la propriété publique. Ce sont les raisons de ces déclassements et les changements opérés qui vont retenir notre attention. (A)

Le bilan demeure mitigé, ces biens déclassés feront l'objet d'une attention tout particulière. (B)

A-Les multiples facteurs expliquant l'intervention législative ayant conduit à la mise en place des régimes dérogatoires à la domanialité publique.

Les transformations récentes qui ont affecté les anciens grands établissements publics ou entreprises publiques sont liées à trois principaux facteurs. Les normes de droit communautaire, l'obligation d'accroître la concurrence et des raisons directement liées à la présence d'une personne publique ou d'un domaine public ont poussé le législateur français à procéder à plusieurs transformations.

En premier lieu, nous pouvons identifier des facteurs externes comme les contraintes européennes. Les instances européennes ont exigé l'ouverture à la concurrence de plusieurs services publics gérés par des personnes publiques dans une situation de monopole. En ce qui concerne l'exercice des services publics et le concept même du service public, la conception de la Commission européenne diffère de la conception française. Si l'on parle à ce propos d'une conception du service public à la française, c'est bien parce qu'il existe sur ce point une spécificité dans l'hexagone. En ce qui concerne les activités de réseau comme les

télécommunications, cette particularité française est progressivement remise en cause par l'Europe. Les traités européens ne partagent pas la vision française. C'est le constat que dresse notamment S. Nicinski à propos de l'ouverture du réseau ferroviaire⁵⁷⁴. En France, les activités de réseaux sont exploitées, avant le grand mouvement de transformation qui va s'opérer, par de grands réseaux qui recouvrent le territoire national. Ces activités sont organisées autour d'un opérateur en situation de monopole à statut public ou au moins qui appartient au secteur public. L'opérateur, explique-t-elle, est « verticalement intégré en ce qu'il est propriétaire du réseau et exploite l'ensemble des services aux usagers. L'Etat se caractérise par un cumul des fonctions de réglementation de l'activité, de régulation du marché, de tutelle sur l'opérateur monopolistique et d'actionnaire (ou plus exactement de propriétaire) unique de cet opérateur ».

La vision européenne est tout à fait inverse. Elle impose au contraire une libre concurrence. Par conséquent, le but du modèle communautaire est d'ouvrir ces réseaux à la concurrence. Comme le démontre S. Nicinski⁵⁷⁵, si cela s'est progressivement réalisé, c'est d'abord en passant « par la définition de droits d'accès en faveur des opérateurs. Ceux-ci disposent d'un droit d'accès aux infrastructures à des tarifs non discriminatoires, puis d'un droit d'accès aux services et aux activités à exploiter à partir des réseaux. L'ouverture s'effectue en général de manière progressive, l'opérateur public anciennement monopolistique conservant son monopole sur certains segments peu à peu réduits. On applique ensuite un principe de séparation valant à la fois pour les différentes fonctions de l'Etat vis-à-vis des opérateurs en concurrence et pour les différentes activités du secteur. Les services exerçant les missions de l'Etat actionnaire doivent être distingués de ceux produisant la réglementation et la fonction de régulation est confiée à une autorité indépendante. Le gestionnaire de l'infrastructure est séparé des opérateurs utilisant l'infrastructure. » Toutes ces modifications ont dû être mises en œuvre en droit positif français et ne sont pas, dans certains secteurs, complètement achevées.

Nous allons étudier plusieurs transformations liées à la contrainte européenne. Il ne s'agit pas cependant d'effectuer une étude approfondie de l'ouverture à la concurrence des anciens monopoles publics en charge de grands services publics comme les télécommunications, le transport ou encore l'électricité, mais, il est utile de rappeler les principaux enjeux pour comprendre les régimes juridiques législatifs de substitution mis en place ces dernières années. Outre les transformations peu connues d'anciens établissements publics industriels et

⁵⁷⁴ S. Nicinski, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 102.

⁵⁷⁵ Cf. *supra* note n° 574.

commerciaux (EPIC) comme la SEITA⁵⁷⁶ en 1980 ou l'Imprimerie Nationale en 1993, les plus grands se sont transformés en société anonyme. La pression communautaire s'est produite sur le statut public des opérateurs et sur leur situation de monopole et de contrôle portant sur le service et les infrastructures des différents réseaux concernés. Or, la Commission européenne prohibe les aides publiques à ces différents établissements publics. La première intervention de la Commission européenne s'est réalisée lors de la transformation de la Régie Renault en société pour accepter les aides publiques qui lui étaient versées.⁵⁷⁷ Les décisions les plus récentes concernent France Télécom, La Poste, EDF-GDF. Dans une lettre du 4 avril 2003, la Commission notifie à la France sa décision d'ouvrir la procédure la procédure de l'article 88§2 du TCE concernant la mesure d'aide en faveur d'EDF sous la forme de garantie illimitée de l'Etat liée au statut d'EPIC. Selon cette dernière, les EPIC bénéficiaient de garanties illimitées, notamment d'avantages comme l'impossibilité de voir leurs biens être saisis. Ils ne pouvaient pas non plus faire l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. La Commission européenne a alors porté le mouvement de libéralisation en cherchant à ouvrir ces services publics nationaux français à la concurrence. De nombreuses directives concernant les différents secteurs sont nées. L'ouverture des différents EPIC et réseaux à la concurrence a d'abord concerné le secteur des communications électroniques, puis le secteur postal et celui de la distribution de l'énergie et enfin le secteur ferroviaire. A l'échelle nationale, ces changements ont certes pris plus ou moins de temps en fonction de la difficulté de l'exercice et de la volonté législative. Les directives et recommandations européennes prises, les autorités françaises ont été contraintes d'agir.

Par ailleurs, si les exigences européennes sont indéniables, d'autres facteurs sont intervenus dans ce long processus. La concurrence s'est notamment fait sentir en matière aéroportuaire. En effet, les aéroports parisiens devaient lutter contre les compagnies à bas coûts et la concurrence des aéroports internationaux. De plus, la situation financière d'Aéroport de Paris était critique, ses dettes étant importantes. Une adaptation du statut d'ADP devenait nécessaire. Dans les autres secteurs, des causes se retrouvent. Dès lors que

⁵⁷⁶ Société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes.

⁵⁷⁷ Cf. *supra* note n°574, p. 1027. Voir concernant la décision sur Renault, Décision du 28 mars 1988, n°88/454/CEE, *JOCE* L. 220 du 20 août 1988. Concernant EDF notamment, lettre du 4 avril 2003, *JOUE* C 164/7 du 15 juillet 2003. Pour la Poste : Le 4 octobre 2006, la Commission demande à la France de mettre fin, avant la fin de l'année 2008, à la garantie illimitée dont bénéficie la Poste en tant que personne morale de droit public car cela fausse la concurrence.

l'on a ouvert les grands services publics gérés par des opérateurs publics en situation monopolistique ou quasi monopolistique à la concurrence, des adaptations sont apparues indispensables.

Les réalités sont aussi d'ordre interne : le statut d'EPIC a posé de nombreux problèmes. Si la forme de l'EPIC est très répandue en droit français, il correspond à toute l'activité industrielle et commerciale que peuvent livrer ces établissements tout en conservant un statut public. Mais progressivement, pour les plus importants d'entre eux, ils vont être remis en cause pour plusieurs raisons et amenés à disparaître. Tout d'abord, ils sont soumis au principe de spécialité qui commande que leur activité soit en accord avec leur objet social. Ensuite, ils n'ont pas de liberté en raison de la tutelle que l'Etat exerce sur eux. Ils bénéficient, en revanche, d'un avantage particulier car leurs biens sont soumis au principe général de l'insaisissabilité des biens. Ils ne peuvent pas non plus être déclarés en faillite. C'est notamment cette garantie et cet avantage qui ont été assimilés par la Commission européenne à une garantie illimitée susceptible d'être qualifiée d'aide d'Etat. La Commission a jugé que « l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise, sous quelque forme que ce soit, peut constituer une aide étatique lorsque les conditions visées à l'ancien article 92 du TCE sont remplies »⁵⁷⁸. Le versement d'aides d'Etat dans une économie européenne doit rester exceptionnelle (article 92 du TCE devenu article 107§1 du TUE) et se limiter aux hypothèses de défaillance des marchés. En effet, l'EPIC, en tant que démembrement de l'Etat, peut demander à ce dernier de nouvelles ressources, notamment s'il est débiteur. Or, cette pratique est considérée comme une garantie implicite car les EPIC peuvent demander l'aide de l'Etat pour faire face à leurs dettes. Cependant, pour S. Nicinski, la garantie n'est pas en elle-même constitutive d'une aide, en revanche, le caractère illimité de la garantie pose problème. C'est en cela qu'elle constitue une aide d'Etat. S. Nicinski cite à ce propos M. Monti, ancien commissaire européen chargé de la concurrence parlant de

⁵⁷⁸ C. Cassation, 1^{ère} civ, 21 décembre 1987, BRGM contre Société Lloyd Continental, *RFDA*, 1988, p. 787, note B. Pacteau ; *CJEG*, 1988, p. 107, note L. Richer. Jurisprudence qui concerne le principe d'insaisissabilité. Concernant les aides publiques : CJCE, 21 mars 1991, Italie contre Commission, C-305/89. Quatre formes d'aides sont recensées : la création d'entreprise, les transferts de propriété du secteur privé vers le secteur public, les apports en capital dans une entreprise du secteur public et les augmentations de capital dans une entreprise du secteur privé. Les autorités communautaires utilisent le critère bien connu de l'opérateur agissant dans des conditions normales de marché afin de déterminer si l'Etat a octroyé une aide. Sans être nécessairement incompatible avec le droit communautaire, la création d'une action spécifique doit être justifiée et ne conférer que des prérogatives proportionnelles aux objectifs à atteindre (justification possible sur le fondement des raisons impérieuses d'intérêt général ou de la sécurité publique).

l'exemple suivant « la suppression en 2002 des garanties dont bénéficient les banques allemandes à statut public n'[a] pas entraîné de modification de leur statut ».

Par la suite, après les mutations d'anciens EPIC en sociétés, la Commission européenne a assimilé à une aide d'Etat le fait que ce dernier soit actionnaire majoritaire dans le capital de ces nouvelles sociétés. Le problème fut ainsi déplacé mais non réglé.

Enfin, les EPIC n'ont pas de capital social et ne peuvent accueillir de fonds d'investissement venant de personnes privées. Pour ces différentes raisons, le législateur a alors décidé d'opérer un changement de statut de ces EPIC. Ce changement de statut résulte de la volonté du législateur d'adopter cette forme juridique et non d'une exigence de la Commission européenne.⁵⁷⁹ S. Nicinski⁵⁸⁰ et M. Lombard⁵⁸¹ ont d'ailleurs nuancé les propos tenus à l'encontre des EPIC. Bien que le principe de spécialité soit dénoncé comme entravant l'action des EPIC, le Conseil d'Etat a pourtant, au fil de sa jurisprudence, évité de brider à outrance l'action des EPIC. Il tolère qu'un EPIC développe une autre activité en limitant toutefois cette possibilité. En effet, ladite activité doit être le complément normal de la mission statutaire principale de l'établissement public et être directement utile à son développement en permettant « son adaptation à l'évolution technologique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, en développant le savoir faire de ses personnels et la valorisation de ses compétences ». Cependant, ces ouvertures n'ont pas été jugées suffisantes pour le législateur français qui a préféré modifier le statut des anciens EPIC en société anonyme.

Détenir un capital va offrir à l'Etat la possibilité de devenir actionnaire, mais va également permettre à des investisseurs privés d'entrer dans le capital. Cette situation est intervenue quelques années après le changement de statut et a abouti à une privation totale⁵⁸². Il faut préciser comme l'indique S. Nicinski, que les transformations des EPIC en société relève d'une opération de privatisation du statut juridique. Mais, d'après elle, ce terme unique de privatisation désigne en réalité trois situations différentes. Cela concerne d'abord « l'opération consistant à transférer l'exploitation d'une activité (le plus souvent un service public) dévolue à une régie ou à un établissement public aux mains d'un délégataire privé. » Le terme de privatisation peut désigner ensuite « l'opération de transfert de la propriété d'une entreprise du secteur public au secteur privé (privatisation au sens de l'article 34 de la

⁵⁷⁹ M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 16 janvier 2006, p. 82.

⁵⁸⁰ Cf. *supra* note n°574.

⁵⁸¹ Cf. *supra* note n°579.

⁵⁸² S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés. », *RFDA*, janvier-février 2008, p. 35 et 36.

Constitution) ». Enfin, la privatisation peut désigner « la modification de la forme juridique de droit public à une forme juridique de droit privé (privatisation du statut) ». Mais là encore, nous dit l'auteur, il ne faut pas se méprendre car la privatisation du statut ne doit pas se confondre avec la privatisation du capital. Or, très souvent, les lois opérant la transformation des EPIC en société n'organisent que la privatisation de leur statut et non celle de leur capital qui très souvent restera majoritairement public. Même si le législateur est intervenu pour opérer ces changements d'EPIC en société, ils n'ont pas pour autant quitté le secteur public. Plusieurs années plus tard, le législateur est de nouveau intervenu pour sortir les sociétés récemment créées du secteur public, et les intégrer au secteur privé. Le législateur a notamment permis que l'Etat ne soit plus majoritaire dans le capital de ces sociétés. Cela a par exemple été le cas pour France Télécom qui est devenue une société anonyme en 1996⁵⁸³ avant de sortir définitivement du secteur public en 2003⁵⁸⁴ lorsque le législateur est intervenu pour opérer la privatisation de son capital.

D'ailleurs, le droit communautaire ne préjuge en rien de la nature juridique de l'exploitant. Le législateur français a librement choisi la forme sociétaire.

Ces statuts ont été instaurés depuis peu en France. La transformation des anciens établissements publics n'est pas anodine car le législateur a de nouveau été obligé de prendre des mesures de protection de certains biens, désormais sortis du domaine public, mais toujours affectés à un service public. Pour l'heure, il est nécessaire d'identifier concrètement les anciens EPIC concernés par ces différentes transformations.

⁵⁸³ Loi du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, loi n°96-66, *JO*, 27 juillet 1996, p. 11398.

⁵⁸⁴ Loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et de France Télécom, n° 2003-1365, *JO*, 1^{er} janvier 2004, p. 9.

B-Les différents cas de constructions de régimes spécialement adaptés aux biens.

Depuis la fin des années quatre-vingt-dix, le législateur français semble s'intéresser de plus en plus aux patrimoines des différents établissements et entreprises publics. En effet, il opère non seulement un changement de statut juridique de ces anciens établissements publics ou entreprises connues, mais il assortit aussi ces nouveaux statuts d'un nouveau régime juridique applicable à leurs biens.

Ces changements de statut juridique concernent de grands secteurs à savoir France Télécom ou encore La Poste et Aéroport de Paris. Le changement de leur forme juridique entraîne des conséquences profondes sur le régime juridique de leurs biens. Rappelons que seules les personnes publiques peuvent être titulaires d'un domaine public⁵⁸⁵. A partir du moment où les grands établissements ou entreprises publics perdent leur nature publique, ils ne vont plus pouvoir être titulaires d'un domaine public.

Lorsqu'il a mis au point les transformations susmentionnées, le législateur a également prévu des régimes juridiques destinés à se substituer à ceux de la domanialité et de la propriété publique. La plupart de ces établissements publics vont devenir des personnes privées le plus souvent constituées en sociétés anonymes. Elles vont ainsi perdre la possibilité d'avoir un domaine privé et *a fortiori* un domaine public.

Un paradoxe a alors vu le jour : des biens toujours affectés à un service public ou à des obligations de service public vont se retrouver en dehors du domaine public.

Comment le législateur va-t-il faire pour pallier cette absence et cette perte de protection ? Que cela va-t-il changer concrètement pour ces anciens établissements publics et leurs biens ? Quels biens vont désormais être touchés par ces régimes dérogatoires construits de toute pièce par le législateur ?

Ces biens cessent d'être soumis aux règles de la propriété publique, à savoir l'insaisissabilité et l'incessibilité à vil prix, et à celles de la domanialité publique énoncées précédemment. Mais ils vont pourtant bénéficier d'un régime juridique qui diffère de celui d'une personne

⁵⁸⁵ CE, avis, n°370.252, 10 juin 2004, Agence-France-Presse, Conseil d'Etat, Rapport public 2005, jurisprudence et avis, 2004, *études et documents* n°56, Responsabilité et socialisation du risque, La Documentation Française, 2005, p.184.

privée de droit commun. Le législateur va adapter des régimes juridiques différents en fonction des biens en question.

L'intervention du législateur a été guidée par le souci de préserver cette affectation des biens au service public.

Afin de présenter clairement ces différents changements, nous opterons pour une présentation chronologique.

Le premier changement commence avec France Télécom. Cette dernière avait connu un premier mouvement de réforme dans les années quatre-vingt-dix⁵⁸⁶. La question qui nous intéresse n'est pas tant celle liée aux transformations et à l'organisation du marché des télécommunications que celle liée aux changements du statut de France Télécom. Cette société a vu le jour en 1988 avec le statut d'administration d'Etat. France Télécom était un exploitant public, son statut particulier lui permettait, en tant que personne publique, d'avoir un patrimoine et un domaine publics. Elle entrait donc dans la catégorie des Etablissements Publics industriels et commerciaux et des entreprises publiques. Progressivement, il est devenu inenvisageable que France Télécom puisse conserver un statut de personne publique. A partir de la loi de 1996⁵⁸⁷, France Télécom devient une société anonyme, présentant la particularité d'avoir un capital mixte, qui n'est plus entièrement détenu par l'Etat. On assiste à une privatisation partielle dans la mesure où l'Etat reste majoritaire dans le capital. France Télécom devient précisément, à lire la loi du 31 décembre 1996, une entreprise nationale (article 1, 1) et une société mixte. L'article 1^{er} de la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom déclare dans son paragraphe 2 que « les biens, droits et obligations de la personne morale de droit public de France Télécom sont transférés de plein droit, au 31 décembre 1996, à l'entreprise nationale France Télécom. » Par conséquent, les « biens de la personne morale de droit public France Télécom sont déclassés à la même date ». Le législateur a opéré un déclassement des immeubles ayant appartenu à France Télécom et donc au domaine public. En changeant la nature juridique de France Télécom, le législateur a été contraint de prendre en charge toutes les conséquences concernant les biens. Ces derniers sont devenus dépendant d'une structure de droit privé. Le déclassement des biens de cette personne publique était indispensable au regard du principe d'inaliénabilité qui interdit à une personne privée d'être propriétaire de biens appartenant au domaine public. Les biens de France Télécom ont été

⁵⁸⁶ Loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, n°90-568, *JO*, 8 juillet 1990, p. 8069 ; Loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications, n°90-1170, *JO* du 30 décembre 1990 p. 16439.

⁵⁸⁷ Loi du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, n°96-66, *JO*, 27 juillet 1996, p. 11398.

transférés à la société en pleine propriété et toutes les infrastructures de France Télécom sont devenues la propriété de la société anonyme.⁵⁸⁸

France Télécom est restée l'opérateur public chargé du service public, ce qui constitue une limite à sa privatisation. Cependant, l'évolution ne s'arrête pas là. Par une loi du 31 décembre 2003⁵⁸⁹, le législateur est venu modifier plusieurs dispositions des lois précitées. Dorénavant, en vertu de l'article 7 de la loi du 31 décembre 2003, le statut de France Télécom est toujours celui d'une société anonyme. Cette loi a préparé la future privatisation de France Télécom en permettant notamment à l'Etat de ne plus être majoritaire dans le capital social. Si la loi de 2003 ne rend pas effectif le passage de France Télécom au secteur purement privé dans la mesure où l'Etat reste encore majoritaire, il n'en demeure pas moins qu'il autorise virtuellement ce passage. Un décret du 3 mai 2004⁵⁹⁰ va, en revanche, rendre ce passage effectif.

Ces transformations ont eu d'importantes répercussions sur les biens de cette société.

Le domaine des transports ferroviaires a également subi de nombreux changements. La SNCF a été créée en 1937⁵⁹¹. Puis, la loi du 30 décembre 1982 l'a transformée en établissement public industriel et commercial. Au regard des impératifs communautaires sur lesquels nous reviendrons, deux entités autonomes ont été créées à savoir RFF et la SNCF. RFF a été créé par une loi du 13 février 1997⁵⁹² sous la forme d'un établissement public national à caractère industriel et commercial. Entre les deux entités précitées, les tâches se répartissent de la manière suivante : RFF gère les infrastructures, la SNCF prend en charge l'activité de transport sur le réseau ferré. La loi a fait sortir du domaine public étatique les infrastructures de transport ferroviaire pour les inclure dans le domaine de l'EPIC RFF. Malgré la mise au point d'une dissociation entre le gestionnaire de l'infrastructure et celui de l'activité en tant que telle, cette loi apparaissait insuffisante notamment au regard des évolutions subies par France Télécom ou La Poste.

⁵⁸⁸ C. Lavalie, « L'ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privée. », *RFDA*, 12 (6), novembre-décembre 1996, p. 1124 ; J. Chevallier, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA*, septembre-octobre 1996, p. 909 et s.

⁵⁸⁹ Loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et de France Télécom, n° 2003-1365, *JO*, 1^{er} janvier 2004, p. 9.

⁵⁹⁰ Décret du 3 mai 2004, n°2004-387, *JO*, 4 mai 2004, p. 7928.

⁵⁹¹ La SNCF est une Société d'économie mixte dont le capital social était détenu majoritairement par l'Etat.

⁵⁹² Loi du 13 février 1997 portant création de l'établissement public " Réseau ferré de France " en vue du renouveau du transport ferroviaire, n°97-135, *JO*, 15 février 1997, p. 2592.

Pour cette raison, le législateur français a récemment ouvert à la concurrence le réseau ferroviaire dans sa totalité⁵⁹³. La loi du 5 janvier 2006⁵⁹⁴ a mis fin au monopole de la SNCF pour le transport des marchandises. Un projet de loi adopté par le Sénat le 9 mars 2009 vise à améliorer l'ouverture à la concurrence du réseau ferroviaire en ouvrant notamment le transport des voyageurs pour mieux répondre aux objectifs européens⁵⁹⁵. La loi a été adoptée définitivement le 8 décembre 2009⁵⁹⁶. La loi permet, nous l'avons dit, une meilleure régulation dans le domaine des transports ferroviaires. Afin de mieux réguler le secteur des transports, une autorité administrative indépendante a été créée, il s'agit de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires.

Un secteur touchant à notre vie quotidienne, à savoir l'électricité et le gaz, a aussi été visé. La loi du 8 avril 1946⁵⁹⁷ de nationalisation de l'électricité et du gaz a créé Electricité de France (EDF), un établissement public chargé de la production, du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation d'électricité. Le secteur devient un espace public et monopolistique. Là encore, un EPIC a été créé. Puis, les mêmes pressions de la Commission européenne ont pesé sur la France. Sur cette base la directive concernant « les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité » a été adoptée le 20 juin 1996⁵⁹⁸. Plusieurs directives ayant pour but l'ouverture à la concurrence des activités de production et de commercialisation de l'électricité et la séparation des activités en concurrence et des activités régulées (transport et distribution d'électricité) ont vu le jour afin de garantir la neutralité de ces dernières à l'égard des acteurs du marché. La France a effectué une transposition *a minima* de la directive. Cette transposition fut entourée de réticences. La France a, par ailleurs, été le dernier des quinze pays de l'Union à adopter les dispositions législatives nécessaires à l'ouverture du marché de l'électricité.

La loi du 9 août 2004 a transformé EDF en société anonyme dotée d'un Conseil d'administration. Le Président-Directeur Général est nommé en Conseil des Ministres sur proposition du Conseil d'administration. Ce n'est pas une privatisation totale d'EDF qui reste

⁵⁹³ L'ouverture à la concurrence exigée par les instances européennes se situe désormais sur le transport des voyageurs.

⁵⁹⁴ Loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, n°2006-10, JO du 6 janvier 2006, p. 217.

⁵⁹⁵ S. Nicinski, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 1027.

⁵⁹⁶ Loi du 8 décembre 2009, relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, n° 2009-1503, JO du 9 décembre 2009, p. 21226.

⁵⁹⁷ Loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, n° 46-628, JO du 9 avril 1946 p. 2651.

⁵⁹⁸ Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO n° L 027 du 30 janvier 1997, p. 20-29.

dans le secteur public car l'Etat doit détenir au moins soixante-dix pourcent du capital social. Mais l'ouverture à hauteur de trente pourcent du capital d'EDF permet à cette dernière d'accueillir des investisseurs privés. Cependant EDF a signé avec l'Etat, le 24 octobre 2005, un contrat de service public à durée indéterminée précisant les modalités de mise en œuvre de ses missions de service public.

S'agissant du secteur du gaz, GDF a également été transformé en société anonyme. La loi du 7 décembre 2006⁵⁹⁹ concernant le secteur de l'énergie traite surtout du secteur du gaz. La privatisation de GDF a été autorisée en vue de sa future fusion avec SUEZ, aujourd'hui réalisée. Cette privatisation du statut date du 1^{er} juillet 2007 marquant la fin du monopole de la fourniture du gaz pour les ménages. La loi prévoit que la société réunissant GDF et Suez permette à l'Etat de rester propriétaire de plus du tiers du capital social à tout moment⁶⁰⁰. Cette disposition tend à faire sortir cette société du secteur public.

Le régime juridique relatif aux infrastructures aéroportuaires en a inspiré d'autres. Depuis l'ordonnance du 24 octobre 1945⁶⁰¹, Aéroport de Paris (ADP) était un établissement public. Ce dernier avait pour mission « d'aménager, d'exploiter et de développer l'ensemble des installations de transport civil aérien ayant leur centre dans la région d'Ile de France »⁶⁰². Cela concernait les trois aéroports de Roissy-Charles-de-Gaulle, Orly, le Bourget, l'héliport d'Issy-les-Moulineaux et neuf aérodromes. La loi du 20 avril 2005⁶⁰³ a changé le statut juridique des structures aéroportuaires qui dataient de 1945. Pour différentes raisons, le secteur n'était plus adapté aux nouvelles demandes et aux exigences actuelles. L'établissement public Aéroport de Paris s'est alors retrouvé en situation de décalage par rapport aux autres secteurs déjà ouverts à la concurrence. Les aéroports français et plus particulièrement les aéroports parisiens ont alors été obligés de subir quelques transformations dès lors qu'ils gèrent une activité purement économique. Ainsi, la loi du 20 avril 2005 a transformé l'établissement public ADP en société anonyme⁶⁰⁴. Cependant, cette loi a prévu que l'Etat détienne l'intégralité du capital. En ce qui concerne les aéroports régionaux, la loi prévoit que l'Etat pourra renouveler les concessions au profit de sociétés aéroportuaires à capitaux publics dont les chambres de commerce et d'industrie seront actionnaires. Si la loi de

⁵⁹⁹ Loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, n°2006-1537, *JO* du 8 décembre 2006, p. 18531.

⁶⁰⁰ Soit un capital au moins à hauteur de trente-quatre pour cent.

⁶⁰¹ Articles L. 251-1 et suivant du Code de l'aviation.

⁶⁰² Article L. 251-2 du Code de l'aviation.

⁶⁰³ Loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, n°2005-357, *JO* 21 avril 2005, p. 6969.

⁶⁰⁴ Article 1^{er} de la loi du 20 avril 2005.

2005 n'a prévu qu'une ouverture à des capitaux purement publics, ce n'est que pour mieux préparer l'ouverture future à des investisseurs privés. Les transformations du statut juridique des infrastructures aéroportuaires ont eu de nombreuses répercussions sur les infrastructures elles-mêmes et notamment sur le patrimoine immobilier de l'ancien établissement public. Avant d'étudier en détail les implications de ce nouveau régime juridique d'ADP, nous pouvons d'ores et déjà dire que le législateur a prévu de nombreuses dispositions juridiques permettant de limiter les effets de cette privatisation. Le régime juridique mis en place tend notamment à protéger les infrastructures aéroportuaires encore affectées à l'exécution de missions de service public.

L'émergence d'un statut juridique particulier va enfin concerner la Poste. Ce statut a mis plus de temps à émerger car les manifestations à ce sujet ont été plus vives en raison du caractère de proximité de cette institution. La Poste va connaître un destin similaire à celui de France Télécom. Ces enseignes étaient à l'origine des administrations d'Etat placées sous la tutelle du ministère des Postes et Télécommunications. En vertu de la loi du 2 juillet 1990⁶⁰⁵, la Poste est devenue un exploitant public. Cette loi a créé, à partir du 1^{er} janvier 1991, deux personnes morales de droit public, « La Poste » et « France Télécom », placées l'une et l'autre sous la tutelle du ministre chargé des Postes et Télécommunications, avec pour chacune le statut d'exploitant public. Les évolutions de la Poste ressemblent à celles de l'ancien monopole public France Télécom. La loi Murcef du 11 décembre 2001⁶⁰⁶ a déclassé les biens de la Poste, comme la loi du 26 juillet 1996 l'avait fait pour le domaine public de France Télécom. En revanche, P. Yolka⁶⁰⁷ soulève une différence entre le cas de La Poste et celui de France Télécom : « le domaine public postal a fait l'objet d'un déclassement simple, les biens tombant dans le domaine privé de l'établissement propriétaire, quand le déclassement visait, en matière de télécommunications, à permettre le transfert de propriété des biens d'un établissement public à la société lui succédant. » L'enjeu n'était donc pas le même. Il a fallu attendre la loi du 20 mai 2005⁶⁰⁸ pour que le statut de la Poste commence à évoluer. La loi du 9 février 2010⁶⁰⁹ a fini par transformer la personne morale de droit public La Poste en une société anonyme du même nom, dont le capital est détenu par l'Etat ou par d'autres personnes

⁶⁰⁵ Cf. *supra* note n°586.

⁶⁰⁶ Loi du 11 décembre 2001 MURCEF (Mesures urgentes à caractère économique et financier) n°2001-1168, *JO* du 12 décembre 2001, p. 19703.

⁶⁰⁷ P. Yolka, « Le patrimoine immobilier de La Poste (observations en marge d'un arrêt récent), *JCP A*, n°29, 18 juillet 2005, p. 1138.

⁶⁰⁸ Loi du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, n°2005-516, *JO* du 21 mai 2005, p. 8825.

⁶⁰⁹ Loi du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, n°2010-123, *JO* du 10 février 2010, p. 2321.

morales appartenant au secteur public. Si cette loi a transformé la Poste en société anonyme, elle ne l'a pas pour autant fait sortir du secteur public. Le « groupe public » la Poste va continuer à exercer des missions de service public ce qui va emporter des conséquences sur les biens désormais déclassés et appartenant à une société anonyme et sur ceux encore affectés à ces missions de service public.

Les transformations mènent à une privatisation croissante des différents opérateurs publics qui agissaient auparavant en situation de monopole.

Le législateur s'intéresse davantage aux patrimoines de ces anciens établissements publics industriels et commerciaux. Mais il n'en reste pas moins qu'en procédant pour la plupart à leur sortie du domaine public, et par conséquent à la fin de leur soumission aux règles de la domanialité publique, le législateur a pris soin de leur apporter une certaine protection.

Ces différents patrimoines ont fait l'objet d'un travail législatif important qui s'est intensifié ces dernières années. Néanmoins, le législateur n'est pas absolument libre de faire ce qu'il souhaite puisque des contraintes constitutionnelles s'imposent à lui.

§2-La mise en évidence d'une situation paradoxale : entre protection du Conseil Constitutionnel et régime dérogatoire.

L'émergence des régimes dérogatoires au droit public en général, et plus spécialement aux règles de la domanialité publique tend à démontrer, d'une part que le domaine public actuel est sans doute mal défini (A) et d'autre part, que la notion d'affectation guide la protection des biens à assurer, quelle que soit la qualité du propriétaire.

Ces régimes dérogatoires ont soustrait un certain nombre de biens aux règles de la domanialité et de la propriété publiques sans pour autant priver ces biens de toute protection. S'il est vrai que la majorité des règles qui vont dorénavant s'appliquer à ces biens sont des règles du droit commun, guidées par la concurrence, il n'empêche que pour ceux encore affectés à des services publics, des garde-fous existent afin de garantir au maximum l'exigence constitutionnelle d'existence et de continuité des services publics. (B)

A-Une position constitutionnelle mitigée.

Les nouveaux statuts de ces sociétés sont instaurés depuis peu de temps en France. La transformation des anciens établissements publics n'est pas anodine car le législateur a été obligé de prendre des mesures de protection envers certains biens, désormais sortis du domaine public, mais toujours affectés à un service public. C'est de là que naît ce paradoxe entre d'une part, un mouvement de libéralisation progressive des anciens services publics en situation de monopole aboutissant à leur quasi privatisation et d'autre part, la nécessité pour le législateur de mettre en place des dispositifs particuliers de protection envers certains biens. Ces dernières années, le Conseil Constitutionnel a joué un grand rôle dans la définition et l'identification des bases constitutionnelles du domaine public. A de nombreuses reprises, il a été saisi pour se prononcer sur les lois organisant la « privatisation des biens » appartenant aux différents établissements publics.

E. Fatôme a beaucoup écrit sur la question de ces bases constitutionnelles du domaine public⁶¹⁰. Ces dernières ont pu être redécouvertes grâce au rôle du législateur qui s'est réapproprié le droit de légiférer sur le domaine public. Lorsqu'il a procédé à ces différents changements de statut, le législateur a notamment été contraint de respecter les exigences constitutionnelles. Or, l'une des exigences fondamentales est le respect du service public et du principe de sa continuité. Si le Conseil Constitutionnel s'est toujours opposé depuis sa décision de 1986 à ce que le législateur procède à de telles aliénations de bien sans déclassement préalable⁶¹¹, il n'a jamais consacré la valeur constitutionnelle du principe d'inaliénabilité et ne s'oppose pas à ce que le législateur procède à telles aliénations de biens encore affectés. En contrepartie, le législateur est tenu de concevoir en lieu et place du régime protecteur de la domanialité publique, un autre régime de substitution permettant de protéger les biens affectés.

D'autres décisions du Conseil Constitutionnel vont réaffirmer ces obligations constitutionnelles. La célèbre décision de 1994⁶¹² énonce « considérant qu'il incombe au législateur lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de

⁶¹⁰ E. Fatôme « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1192.

⁶¹¹ H.G. Hubrecht, « L'inaliénabilité, passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel », *La constitution et ses valeurs, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 417.

⁶¹² CC, 21 juillet 1994, n°94-346 DC, loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, P. Bon, *RFDC*, n°20, 1994, p. 814.

garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté. » Dans sa décision du 23 juillet 1996⁶¹³, le Conseil Constitutionnel énonce qu'« il appartiendra aux autorités juridictionnelles et administratives de veiller strictement au respect par l'entreprise France Télécom des principes constitutionnels régissant le service public, notamment dans la gestion des biens transférés ». Une loi relative aux obligations de service public des télécommunications a été adoptée le 31 décembre 2003⁶¹⁴. Pour G. Quiot⁶¹⁵, cette loi, qui n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel, est inconstitutionnelle. L'auteur ne s'attache pas tant à la question de l'opportunité pour le législateur de procéder à la privatisation de France Télécom, qu'à sa constitutionnalité. Pour l'auteur, cette loi méconnaît l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Or, celui-ci a valeur constitutionnelle. Pour rappel, l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 énonce que « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité. » Selon la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, le transfert au secteur privé d'une entreprise publique qui assure une activité ayant le caractère d'un service public national est possible dès lors que l'existence de ce dernier n'est pas imposée par la Constitution. D'après le Conseil Constitutionnel, la détermination des activités de service public qui ne découlent pas de la Constitution est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire. La privatisation de cette entreprise devient alors possible. Ainsi, le Conseil Constitutionnel fait la différence entre les services publics nationaux constitutionnels et ceux qui n'appartiennent pas à cette catégorie. Pour le Conseil Constitutionnel, il relève de l'appréciation du législateur de déterminer si une activité qui ne constitue pas un service public « constitutionnel » doit ou non être érigée en « service public national ». Selon les époques, le législateur déclarera ou non un service public d'intérêt national. Si le législateur décide la privatisation du service public, il doit faire cesser les exigences du service public national.

On ne sait pas réellement ce que recouvre la notion de service public constitutionnel, ce qui constitue le vrai problème. Dans sa décision du 5 août 2004⁶¹⁶, le Conseil Constitutionnel, de toute façon, a refusé de reconnaître cette qualité au service public de l'électricité et du gaz. Le service public des télécommunications ne fait pas davantage partie des services publics

⁶¹³ CC, 23 juillet 1996, n°96-380 DC.

⁶¹⁴ Cf. *supra* note n°589.

⁶¹⁵ G. Quiot, « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et France Télécom », *AJDA*, 18 avril 2005, p. 813.

⁶¹⁶ CC, 5 août 2004, n°2004-501 DC.

constitutionnels. Ce service est un service public national « législatif ». Il peut donc également cesser de l'être par la volonté du législateur.

Pour contourner l'obstacle, le législateur de 1996 n'a ni mis un terme à l'existence du service public, ni procédé à sa dénationalisation, il a simplement instauré des missions constitutives de ce service, telles que définies par la loi de 1996. Désormais France Télécom n'est plus chargée par la loi du service universel, est devenue un opérateur parmi d'autres chargé de fournir l'un des composants du service universel. Elle n'est plus tenu d'accomplir les missions de service public que lui imposait la loi de 1996 et a perdu la qualité de « service public national ». Par conséquent, son transfert au secteur privé peut avoir lieu. Toutefois, selon G. Quiot, les obligations sont telles, qu'*a priori*, seule France télécom sera en mesure de les assumer dans un premier temps. Pour le même auteur, cela n'a pas fait disparaître la mission de l'entreprise publique qui est d'assurer un service public national.

Il semble, en réalité, que la prescription de l'alinéa porte la marque d'une époque et qu'elle ne soit plus ni conforme aux représentations contemporaines, ni favorable à l'ouverture à la concurrence des services publics imposée par la commission européenne. Cette prescription figure toujours dans notre droit et selon G. Quiot, elle doit toujours être respectée. Avec la loi de 2003, la propriété publique est appelée à disparaître tandis que le service public demeurera. En effet, la loi ne remet pas en cause l'existence du service public national des télécommunications entendu en tant qu'activité. On a opéré essentiellement une substitution de termes qui ne change quasiment rien car si France Télécom n'est plus chargée par la loi d'assurer les « missions du service public des télécommunications », lesdites missions subsistent.

Comme l'explique E. Fatôme⁶¹⁷, les principes constitutionnels ne s'opposent pas à ce qui a été fait aux biens de France Télécom. Il pose seulement une limite en disant que « ces principes n'imposent pas l'appartenance de ces biens au domaine public, ils peuvent en revanche imposer que ces biens soient soumis à un minimum de règles spécifiques destinées à en garantir le respect. »

Concernant les autres changements de statut, un paradoxe apparaît clairement, car le législateur a énoncé plusieurs conditions pour respecter les biens encore affectés à un service public. S'agissant d'ADP⁶¹⁸, la solution retenue par le législateur⁶¹⁹ est un déclassement des

⁶¹⁷ Cf. *supra* note n°610.

⁶¹⁸ ADP : Aéroport de Paris

biens affectés aux activités aéroportuaires gérées par ADP suivi de leurs transferts dans l'actif de la nouvelle société. Cependant le législateur, en raison des missions de services publics attachées à certains biens, a dû prévoir des mécanismes pour garantir l'exercice de ce service public. La loi du 20 avril 2005 a repris les exigences constitutionnelles relatives à cette gestion pour protéger les infrastructures aéroportuaires. Nous étudierons par la suite le contenu de ces dispositions particulières. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 14 avril 2005⁶²⁰, a déclaré la loi constitutionnelle. Le législateur n'a pas méconnu le principe constitutionnel de continuité du service public. Le considérant est très clair : « considérant que le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté. » Après analyse de la loi du 14 avril 2005, le Conseil Constitutionnel en déduit que le législateur a bien assuré la garantie « des exigences constitutionnelles qui s'attachent à la continuité du service public ».

Pour finir ce tour d'horizon, on peut encore une fois citer le cas de la Poste. La loi du 9 février 2010⁶²¹ a prévu des mécanismes de protection de la Poste afin de ne pas compromettre la bonne exécution par l'entreprise de ses obligations et d'assurer la continuité du service public.

Il existe un paradoxe entre, d'une part, la volonté de soustraire ces anciens établissements aux règles contraignantes du droit public et d'autre part, la mise au point de régime ressemblant à celui de la domanialité publique. Des biens qui désormais ne répondent plus aux critères d'appartenance au domaine public se voient pourtant assujettis à des règles qui ressemblent à celles régissant le domaine public. Comme l'exprime F. Melleray⁶²², de par ces différentes obligations constitutionnelles à respecter, c'est davantage l'affectation du bien qui est à protéger plutôt que l'appartenance de celui-ci au domaine public. Le législateur n'hésite pas à déclasser ces biens.

D'ailleurs, ces principes ne s'imposent pas tant au législateur qu'à l'administration lorsqu'elle gère ces biens. A la différence de l'administration, le législateur peut déclasser et transférer la propriété de biens affectés à un service public sans qu'au préalable, il ait été mis fin à leur affectation. Il ne doit cependant pas porter atteinte au principe constitutionnel de continuité

⁶¹⁹ Loi du 20 avril 2005, relative aux aéroports, n°2005-357, *JO* 21 avril 2005, p. 6969 ; E. Fatôme, « Le régime des biens affectés au service public. A propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 14 avril 2005 », *AJDA*, 30 janvier 2006, p. 178.

⁶²⁰ CC, 14 avril 2005, n°2005-513 DC.

⁶²¹ Cf. *supra* note n°609.

⁶²² F. Melleray, « Incertitudes sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 4 juillet 2005, p. 1376.

des services publics. Au nom de ce principe de continuité, l'administration peut mettre fin, à n'importe quel moment, aux autorisations d'occupation des dépendances domaniales affectées à des services publics. La précarité de l'occupation privative s'explique par la nécessité de préserver l'affectation et la continuité des services publics.

La multiplication des régimes juridiques spécialement adaptés tend, certes, à prouver que la notion d'affectation revêt plus d'importance que la question de l'appartenance d'un bien au domaine public ou à une personne publique. Cependant, la sortie de ces biens et la création d'un régime juridique sur mesure provoque une moindre lisibilité du droit en matière de biens affectés.

B-Une moindre lisibilité du régime juridique des biens affectés.

Après les présentations de ces régimes, on s'aperçoit que les biens reçoivent une protection semblable à celle des biens du domaine public. Un régime ou une situation juridique qui connaissent de nombreuses dérogations sont, en général, mal adaptés. On parle généralement d'une crise⁶²³. Au sein du domaine public, la doctrine reconnaît à l'unanimité que le domaine public a subi une crise qui n'est d'ailleurs pas entièrement résorbée. Les différentes raisons qui ont poussé le législateur à faire sortir une quantité non négligeable de biens du domaine public et de la propriété publique, montrent que le régime juridique de la domanialité publique ne satisfait pas ceux qui gèrent les biens affectés. Cependant, nous avons mis en lumière la situation paradoxale consistant, pour le législateur, à édicter un régime tendant à se rapprocher du droit commun mais assorti de nombreuses règles dérogatoires destinées à protéger les biens affectés.

Aujourd'hui, la situation est peu lisible. En multipliant les régimes juridiques et les différentes règles destinées à protéger les biens, le législateur ne tend pas vers une lisibilité du droit des biens. Quelles sont alors les conséquences de ces mouvements ? Que faut-il en déduire ? Que ressort-il de ces régimes juridiques dérogatoires au regard de la notion d'affectation ?

La notion d'affectation guide le législateur lorsqu'il édicte ces différents régimes sur mesure afin d'assurer la protection des biens affectés à des services publics.

⁶²³ J-J Bienvenu, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, PUF, n°4, 1986, p. 93.

Il semble que l'on soit face à une échelle de la domanialité. La distinction entre le domaine public et le domaine privé devient également moins évidente. Il en est de même entre la propriété publique et la propriété privée.

E. Fatôme⁶²⁴ approuve l'idée de l'échelle de la domanialité. En revenant sur les bases constitutionnelles du droit du domaine public, il constate qu'elles ne font pas obstacle et paraissent même impliquer, ce que de nombreux auteurs appellent de leurs vœux, la remise en cause de l'unité de la domanialité publique et son remplacement par une échelle de la domanialité publique. On aurait alors deux ou plusieurs régimes de domanialité publique, conçus chacun en fonction des caractéristiques et des exigences constitutionnelles propres aux grandes catégories de biens que l'on a vues précédemment.

Dans son étude consacrée au nouveau régime mis en place par le législateur en 2005 pour ADP, J-F Brisson⁶²⁵ constate que la propriété publique n'est plus perçue par le Conseil Constitutionnel comme le support nécessaire du régime domanial. Il en conclut que la notion de domaine public est non seulement en recul mais a perdu, de fait, toute identité juridique. L'auteur explique qu'en délaissant le concept de domaine public au profit des régimes *ad hoc*, le législateur a fait le choix d'adapter le régime de la domanialité publique aux besoins de chaque activité, ce qui ne permet pas de le faire évoluer. Ce dernier n'est, en effet, ni modulable, ni adaptable. D'après J-F Brisson, la méthode énumérative a remis la thèse de R. Capitant au goût du jour. Confrontée aux théories propriétairestes dominantes, elle plaide pour une autre conception du principe d'inaliénabilité, fondée non sur la propriété mais sur la notion d'affectation du bien. L'auteur souligne que la situation des biens des nouvelles sociétés nationales chargées d'une mission de service public rappelle le système anglais du *trust* dans lequel le propriétaire n'a pas le libre usage de son patrimoine mais doit au contraire lui donner une affectation précise. La théorie des mutations domaniales traduit également l'idée que l'affectation l'emporte sur la propriété. Nous avons d'ailleurs auparavant exposé ce point de vue. L'auteur en tire une conclusion à laquelle nous adhérons. Ces différentes lois et décisions du Conseil Constitutionnel révèlent qu'« autour du concept d'affectation au service public se trouvent sans doute posés les jalons de ce qui pourrait être une nouvelle conception du domaine public, indépendante de l'idée de propriété, dictée par les seuls besoins de l'utilité publique et dessinant un rapprochement significatif des régimes de

⁶²⁴ Cf. *supra* note n°610.

⁶²⁵ J-F Brisson, « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *AJDA*, 3 octobre 2005, p. 1835.

propriété publique et privé. Lesquels, loin de s'opposer frontalement, semblent désormais passer- en fonction de la destination des biens - par différentes gradations, constituant non une échelle de domanialité mais une échelle d'affectation ».

On ne peut qu'approuver ce constat. Le développement des privatisations et des nouveaux régimes juridiques devrait renforcer la tendance actuelle à recentrer la domanialité publique sur les seuls biens des personnes publiques affectés à l'usage du public. Demeure alors d'une part un noyau dur de biens, toujours incorporés au domaine public, auxquels les règles de la domanialité publique s'appliquent intégralement, et d'autre part, un nombre croissant de biens affectés à des services publics auxquels s'appliquent des règles qui ne sont pas exactement celles de la domanialité publiques mais qui s'en inspirent plus ou moins fortement.

Certains auteurs comme L. Rapp⁶²⁶ dénoncent en revanche, ce retour vers la notion d'échelle de la domanialité publique. A propos de cette déréglementation qui touche les différents secteurs d'activité évoqués précédemment, il se demande pourquoi ne pas gérer l'Etat comme une entreprise. La loi du marché s'impose, même si l'Etat n'est pas habitué ou préparé, il lui appartient de s'adapter à cette situation. L'auteur s'interroge alors sur les dérogations accordées par les personnes publiques à certains biens publics. Il explique que la gestion de ces biens serait facilitée si l'on acceptait la valorisation, à savoir une gestion ordinaire des biens qui impliquerait aussi son démembrement. Le «dégradé», comme dit l'auteur, de régime juridique s'appliquant à des biens différents est dépassé et on ne s'y retrouve pas du tout.

S'il est fondamental que l'Etat et les autres personnes publiques valorisent davantage leurs domaines publics et leurs patrimoines, il n'en demeure pas moins que l'application des règles du droit commun des biens à l'ensemble des biens affectés, seraient à certains égards dangereux. Nous approfondirons par la suite cette problématique de la valorisation des biens, mais à ce stade des développements, il est important de dire que cette échelle de domanialité ou d'affectation qui se met en place, tend à démontrer que la notion d'affectation doit être garantie. Certes, ce système est perfectible, mais aujourd'hui, si le législateur peut passer outre le principe d'inaliénabilité du domaine public en passant par la loi, il reste que cette liberté est soumise à conditions. En effet, les biens toujours affectés ne peuvent pas devenir des biens « communs », soumis au régime juridique de droit privé des biens. Nous reverrons

⁶²⁶ L. Rapp, « Entrée et sortie des biens (la propriété « choisie ») », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 916.

cet aspect d'un droit commun de la domanialité publique qui émerge et tend à contraindre le législateur, même si des biens sont déclassés.

Ces développements auront permis de mettre en évidence une réalité. L'incorporation d'un bien au sein de la propriété publique et *a fortiori* au sein du domaine public n'est plus la seule façon de le protéger.

Les régimes de propriété privée exorbitants du droit commun se multiplient. On peut les comparer à des avatars du domaine public disposant d'un périmètre plus limité, non soumis aux règles de la propriété publique mais entièrement régis par le principe d'affectation.

Or, ce n'est pas parce que ces biens ne sont plus incorporés au sein du domaine public et *a fortiori* au sein de la propriété publique, qu'ils ne remplissent plus leurs missions. L'Etat assure toujours à l'égard de ces biens un droit de garde et d'intendance. D'autres formes de protections apparaissent, et nous allons nous y intéresser. Les personnes publiques, à l'aide de plusieurs outils et techniques juridiques vont pouvoir perpétuer leurs rôles de garantes de l'intérêt général à travers la notion d'affectation.

Chapitre 2 : Un régime juridique assurant la protection de l'affectation : le dépassement de la protection organique.

Si les règles de la domanialité publique peuvent s'étendre au-delà du domaine public, si des biens affectés à l'utilité publique peuvent quitter le domaine et la propriété publics, un constat demeure : il existe une protection perpétuelle.

Le domaine public et, *a fortiori*, la propriété publique n'apparaissent plus comme les seuls moyens de protéger les biens affectés à l'utilité publique. A côté du mouvement de transformation des anciens établissements publics en sociétés anonymes, se sont développées de nouvelles techniques de protection des biens. Si l'appropriation publique et l'incorporation au domaine public sont toujours d'actualité, (Section I) elles coexistent désormais avec de nouveaux moyens de protection des biens toujours affectés à l'utilité publique. (Section II)

Ces transformations traduisent encore l'idée que les biens affectés à l'utilité publique et au service public doivent être protégés. Le législateur et le Conseil Constitutionnel se montrent d'ailleurs plus enclins à protéger cette affectation plutôt que l'appartenance du bien au domaine public ou à la propriété publique.

Le système de protection classique des biens, représenté par l'appartenance d'un bien à une personne publique ou par son incorporation au sein du domaine public, demeure ; il coexiste cependant avec d'autres méthodes de protection que nous allons étudier.

Section I : Les protections traditionnelles des biens affectés à l'utilité publique.

L'appartenance d'un bien à une personne publique, et parfois au domaine public, reste une possibilité fréquente de protection d'un bien. Ces méthodes perdurent en droit positif. Elles ont été réitérées par le CGPPP en 2006. Elles permettent, d'une part, de protéger des biens, même non affectés ou non encore affectés, des règles de droit privé. D'autre part, elles permettent une réelle préservation effective de l'affectation des dépendances domaniales. Comme l'affectation sert l'intérêt général, elle se trouve protégée par les règles de la domanialité publique. (§1)

Ces méthodes ne sont pourtant pas toujours nécessaires ni réellement efficaces. Elles sont parfois contre-productives et peuvent priver les personnes publiques de certaines libertés dans la gestion quotidienne de leurs biens. (§2)

§1- L'état des lieux de la protection traditionnelle : entre propriété publique et domaine public.

Les personnes publiques, reconnues depuis quelques années comme titulaires d'un réel droit de propriété, de même nature que celui des personnes privées, ont alors profité pleinement de cette situation, confortées par la doctrine et la jurisprudence. Dès lors qu'un bien est la propriété d'une personne publique, il est soumis à un régime particulier qui le protège. (A)

De plus, cette appropriation par une personne publique est toujours l'une des conditions premières pour qu'un bien puisse entrer dans le domaine public.

Quant au domaine public, sa vocation première est de protéger les biens affectés à une destination publique, soit l'usage direct du public, soit un service public. Son existence a été réaffirmée récemment. (B)

A- L'appropriation systématique des personnes publiques : l'ampleur des prérogatives du propriétaire.

La question de la propriété administrative est depuis longtemps débattue. Le but n'est pas de déterminer si les personnes publiques peuvent ou non être titulaires d'un droit de propriété mais plutôt de comprendre ce qu'implique un tel état du droit⁶²⁷. Les personnes publiques, nous l'avons vu, ont été reconnues assez tardivement, par le juge administratif et le juge constitutionnel, comme titulaires d'un véritable droit de propriété de même nature que celui des personnes privées⁶²⁸. Aujourd'hui, il ne fait aucun doute que la propriété publique est de même nature que la propriété privée, puisque l'une et l'autre sont les deux filles d'une même institution : la propriété. La propriété des personnes publiques concerne l'ensemble des droits et des biens dont elles sont propriétaires.

Cependant, si cette reconnaissance tardive a entraîné de nombreuses conséquences, il n'en demeure pas moins que la condition de l'appartenance d'un bien à une personne publique est indispensable à l'incorporation du bien au sein du domaine public.

L'appropriation publique a depuis longtemps été perçue comme une technique de protection des biens, qu'ils soient affectés ou non. On peut alors se demander, dans quelle mesure cette appropriation peut servir de protection et par quels moyens ?

Ces questions montrent l'importance du rôle joué par le critère organique en matière de protection des biens. Il s'agit de prendre conscience que le critère organique d'appartenance d'un bien à une personne publique joue un rôle crucial. A première vue, il paraît être un atout pour les personnes publiques qui possèdent le bien mais nous verrons pourtant qu'il peut constituer un frein à l'action des personnes publiques.

La propriété publique apparaît comme un rempart permettant d'assurer la protection des biens appartenant aux personnes publiques. La matrice du droit des biens publics comprend : une propriété publique, un domaine public et l'application d'un régime juridique : la domanialité publique. Ce triptyque⁶²⁹ perdure. L'exercice par une personne publique de son

⁶²⁷ L. Rapp, « Entrée et sortie des biens (la propriété « choisie ») », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 920.

⁶²⁸ CE, 17 janvier 1923, Piccioli, Rec. Conseil d'Etat p. 44 ; S. 1925, III, p. 17, note M. Hauriou.

⁶²⁹ S. Nicinski, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », *Confluences*, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller, Montchrestien, 2007, p. 690 et s.

droit de propriété, ainsi que l'entrée d'un bien dans le domaine public sont conditionnés par l'appartenance publique. Le CGPPP réitère toutes ces conditions. Il a même précisé ce qu'il entend par la propriété publique⁶³⁰ et l'appartenance publique.

En apparence, rien n'interdit aux personnes publiques, qu'il s'agisse de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics, de disposer comme ils le souhaitent de leur patrimoine. Comme tout particulier, ils peuvent disposer librement de leurs biens. Cependant, le fait que ces biens ou droits appartiennent à une personne publique n'est pas sans conséquence. A partir du moment où les biens en question vont être la propriété de ces personnes et, *a fortiori*, affectés à des usages collectifs, la liberté des personnes publiques va être encadrée.

Cette appartenance à une personne publique va engendrer une protection des biens publics et de leurs affectations comprenant notamment la restriction du droit de propriété. Un régime juridique spécifique, dérogeant par conséquent aux règles du droit commun de la propriété, va s'appliquer à ces personnes publiques.

Ce régime juridique de la propriété publique s'illustre par deux règles, à savoir le principe de l'insaisissabilité des biens et le principe de l'incessibilité des biens à vil prix. Ces règles particulières visent à protéger les biens des personnes publiques, notamment ceux qui se trouvent dans le domaine privé et *a fortiori* ceux du domaine public. Ce régime s'étend à l'ensemble des biens appartenant aux personnes publiques. Le but recherché par ces règles est de protéger le patrimoine des personnes publiques contre une mauvaise gestion ou une mauvaise utilisation de leurs biens.

La première règle illustrant le régime de la propriété publique est celle de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques. Ce principe apparaît à la période révolutionnaire et napoléonienne. Toutefois à cette période, le principe d'insaisissabilité des biens est davantage perçu comme une conséquence du principe d'inaliénabilité ; il faudra attendre le 20^{ème} siècle pour que les juges le reconnaissent comme un principe à part entière, indépendant du principe d'inaliénabilité du domaine public. Au cours du 19^{ème} siècle, ce principe ne disparaît pas mais les juges y font seulement référence.

⁶³⁰ Voir nos développements sur les personnes publiques propriétaires et sous quelles conditions dans la Partie I, Titre II.

Un arrêt de la Cour de Cassation de 1987⁶³¹ a accéléré sa reconnaissance. En effet, la Haute juridiction a érigé en principe général du droit l'insaisissabilité des biens des personnes publiques. Le principe est clairement énoncé et figure dans les visas de cet arrêt : « Attendu [...] que les biens n'appartenant pas à des personnes privées sont administrés et aliénés dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ; que, s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé. »

Le principe est clairement posé mais n'a, en tant que principe général du droit, qu'une valeur infra-législative et supra-décrétale. La loi du 9 juillet 1991⁶³² a tenté de ne donner qu'une valeur législative à ce principe mais elle ne le fait qu'implicitement.

C'est alors le CGPPP qui va consacrer la valeur législative du principe de l'insaisissabilité des biens dans son article L. 2311-1⁶³³. Ainsi, seule l'intervention du législateur permettra de déroger à cette règle. Le législateur se voit, quant à lui, limité par l'obligation de respecter le principe constitutionnel de continuité du service public.

Ce principe est destiné à protéger les biens des personnes publiques contre toute exécution forcée qui pourrait avoir lieu sur leurs biens. Il protège l'ensemble des biens des personnes publiques, c'est-à-dire les biens corporels ou incorporels, les biens monétaires ou non et surtout les biens du domaine privé mais aussi ceux du domaine public. Il est important de noter que cette protection des biens n'est pas en lien avec l'affectation des biens. La protection résultant de l'affectation à l'utilité publique des biens est celle accordée par l'incorporation des biens au sein du domaine public et par l'application du régime de la domanialité publique. Or, le principe de l'insaisissabilité est lié à la personnalité publique de leur propriétaire. Le fondement de ce principe réside dans le fait qu'il doit exister une continuité des institutions publiques. Par conséquent, il n'est pas envisageable de pouvoir saisir les biens des personnes publiques car la continuité des services publics et, plus généralement, des intérêts publics serait menacée.

⁶³¹ C. Cass, 1^{ère} Civ. 21 décembre 1987, BRGM contre Société Lloyd Continental, *RFDA*, 1988, p. 787, note B. Pacteau ; *CJEG*, 1988, p. 107, note L. Richer.

⁶³² Loi du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, n° 91-650, *JO* du 14 février 1991 (plus particulièrement l'article 1^{er}, alinéa 3).

⁶³³ L'article L. 2311-1 du CGPPP énonce : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables ».

Ce principe d'insaisissabilité concerne l'ensemble des personnes publiques, y compris les EPIC⁶³⁴ même si cela est contesté, ainsi que certaines personnes publiques *sui generis* si un texte particulier le prévoit car l'article L. 2311-1 ne vise que les personnes publiques dites « classiques » mentionnées à l'article L. 1⁶³⁵ du CGPPP.

Cette précision sur le champ d'application du principe d'insaisissabilité étant faite, il reste à comprendre ce qu'implique l'insaisissabilité. Cette dernière a pour effet d'interdire les procédures civiles d'exécution. Ces procédures, qui permettent d'obtenir l'accomplissement par un débiteur de la prestation ou de l'obligation qu'il doit, sont interdites à l'encontre des personnes publiques. On ne peut contraindre les personnes publiques en utilisant contre elles les voies les procédures civiles pour obtenir l'accomplissement d'une obligation consistant dans le versement de créance ou le paiement de leurs dettes.

Le principe exclut aussi la possibilité de conclure des sûretés réelles. Ceci découle du premier interdit. Etant donné que la personne publique ne peut voir ses biens saisis, il lui est impossible de constituer des sûretés réelles sur son patrimoine. La logique est identique à celle qui interdit en principe la constitution d'une hypothèque sur le patrimoine d'une personne publique. Même si de nombreuses exceptions sont aujourd'hui admises, l'hypothèque est impossible car cette dernière suit le bien qu'elle grève même si celui-ci change de mains.

Enfin, l'une des dernières conséquences du principe d'insaisissabilité est l'impossibilité, pour une personne publique, de faire faillite. La législation concernant les procédures collectives ne s'applique pas aux personnes publiques. Seule une personne privée peut être liquidée financièrement et juridiquement.

Cette étude du principe d'insaisissabilité nous permet de mesurer à quel point les biens appartenant aux personnes publiques sont protégés. Ce régime juridique de la propriété publique est également constitué du principe suivant : l'incessibilité des biens à vil prix. Les personnes publiques ont, en effet, l'interdiction de se séparer de leurs biens à vil prix, ce qui repose sur le fondement de l'interdiction pour ces personnes de consentir des libéralités. Il s'agit encore d'une règle protectrice des biens des personnes publiques qui interdit à ces dernières de procéder à des aliénations de leurs biens à titre gratuit ou à un prix inférieur à la

⁶³⁴ EPIC : Etablissement public industriel et commercial. Pour une réaffirmation récente de ce principe d'insaisissabilité des biens des EPIC, voir CAA de Paris, 14 octobre 2008, Fond de développement des archipels, Société des entrepôts et magasins généraux de Tahiti, *C-MP*, 2008, n° 12, comm. 277, note Eckert.

⁶³⁵ L'article L. 1 énonce : « 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 ».

valeur du bien. Ce principe bénéficie d'un fondement constitutionnel, consacré par le Conseil Constitutionnel⁶³⁶, reposant sur l'article 34 de la Constitution de 1958. Dans cette décision, le Conseil Constitutionnel a rappelé que la propriété publique bénéficie d'une protection constitutionnelle identique à celle dont jouit la propriété privée. De plus, selon ce dernier, le principe d'égalité des citoyens s'oppose au fait que l'administration puisse consentir des libéralités sur la base de fonds publics.

Ce principe connaît toutefois des exceptions. En effet, le législateur prévoit que l'Etat peut vendre, dans un but d'intérêt général, un immeuble à un prix inférieur à celui du marché. Le Conseil d'Etat a suivi la même démarche en autorisant des communes à vendre des biens de leur domaine privé à un prix inférieur à leur valeur vénale si la cession est justifiée par un motif d'intérêt général et si des contreparties suffisantes sont accordées à la commune par le bénéficiaire⁶³⁷.

Ces développements auront permis de constater que l'appropriation de biens par des personnes publiques emporte des conséquences non négligeables et notamment une protection efficace des biens publics. La propriété publique, si elle est de même nature que la propriété privée, présente néanmoins des particularités. Ce particularisme tient à l'existence de ce régime juridique particulier présenté précédemment montrant la nécessaire protection des biens publics.

Ce régime juridique peut être qualifié de protection *a minima* comparée à celle liée à l'appartenance d'un bien au domaine public.

⁶³⁶ CC, 25-26 juin 1986, n°86-207 DC, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *JO* du 27 juin 1986, p. 7978. Le considérant 58 est explicite quant à cette règle de l'incessibilité des biens à vil prix : « Considérant que la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ; que cette règle découle du principe d'égalité invoqué par les députés auteurs de la saisine ; qu'elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ; que cette protection ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques ».

⁶³⁷ CE, Section, 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles ; CE, 18 mai 1998, Commune de Castelsarrasin, *DA*, 1998, n°248 et CE, 25 novembre 2009, Commune de Mer, Req. n°310208, *AJDA*, 2010, p. 51, note P. Yolka.

B-L'incorporation massive et systématique des biens au sein du domaine public.

Lors de l'étude du domaine public, un constat s'impose. En effet, le domaine public est non seulement composé de biens épars et nombreux mais il est aussi composé de biens qui n'y ont pas forcément leurs places. Sont incorporés au domaine public des biens qui répondent aux critères dégagés par la jurisprudence et repris par le CGPPP. Ces biens vont, systématiquement, être intégrés au domaine public et se voir appliquer le régime contraignant de la domanialité publique. C'est cette appropriation relativement aisée qui va permettre l'application d'un régime juridique protecteur : celui de la domanialité publique. Pour certains, cette protection redoutable est la seule efficace. Au delà, c'est l'affectation que l'on souhaite protéger. Naturellement, ce mode de protection traditionnelle doit répondre à quelques critères préalables, mais une fois ceux-ci remplis, les biens reçoivent une « surprotection ». Ils reçoivent non seulement la protection due à l'appartenance du bien à une personne publique - condition préalable et nécessaire à l'appartenance d'un bien au domaine public - mais, en outre, ils bénéficient des règles de protection résultant des principes de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité. Ces règles, rappelons-le, sont très contraignantes et ont tendance à paralyser l'action des personnes publiques sur les dépendances soumises à ces principes.

On rappellera que toutes les personnes publiques, et seulement elles, ont un domaine public. Cela peut alors surprendre que tant de biens aient été incorporés au domaine public. Il faut se demander quelles raisons ont poussé à cette incorporation massive, mais également si ce constat est toujours valable. En quoi cette protection, que nous qualifions de traditionnelle, est-elle significative ?

Ces questions demeurent permanentes car les dérogations apportées au principe de l'obligation d'appartenance des biens au domaine public sont de plus en plus fréquentes. Cette protection par l'incorporation de biens au sein du domaine public paraît être un moyen de protection courant, même si l'on sait que l'essentiel de la doctrine dénonce une hypertrophie pathologique du domaine public⁶³⁸ et que le CGPPP tente de l'enrayer.

⁶³⁸ CE, 28 janvier 1970, Consorts Philip-Bingisser, note de G. Liet-Veaux, *Revue administrative*, 1970, p. 297.

Lorsque leur propriété publique est établie régulièrement, les personnes publiques possèdent alors un domaine privé, constitué des biens qui n'ont pas reçu d'affectation, et un domaine public. Au sein de ce dernier, on trouve des biens qui sont affectés à l'usage direct du public ou à un service public. Au nom de cette destination, on va appliquer un régime juridique particulier, que nous qualifions de traditionnel à savoir la domanialité publique. Les règles de la domanialité sont justifiées par cette affectation et le besoin de protection engendré par celle-ci.

Néanmoins, de nombreuses dépendances sont incorporées au domaine public, sans que leur appartenance soit véritablement nécessaire et justifiée. Pourtant, une fois les critères de l'appartenance d'un bien au domaine public vérifiés, à savoir celui de l'appartenance du bien à une personne publique, ainsi que son affectation, le bien intègre systématiquement le domaine public en question. Il faut cependant relever qu'une volonté doit naître pour que l'affectation soit effective. Un acte d'affectation doit généralement être pris pour constater l'affectation. Cet acte peut être une loi ou, comme c'est le plus souvent le cas, un acte administratif unilatéral pris par le propriétaire du bien en question. L'acte peut également résulter d'un contrat passé entre une personne publique et un tiers comme les contrats portant occupation du domaine public. Cet acte, facilement réalisable, constate une affectation. Ce pouvoir d'affecter un bien à une destination est une liberté. Par conséquent, il est relativement aisé pour une personne publique, si elle le souhaite, de procéder au transfert de ses biens du domaine privé au domaine public. Cependant, cette liberté d'affectation peut se trouver mise à mal par des affectations s'imposant de fait aux personnes publiques. Cet état de fait concerne tous les biens du domaine public naturel qui sont incorporés sans qu'aucune décision des personnes publiques n'intervienne. Cela s'impose à elles dans le sens où ces biens n'ont pas besoin de recevoir d'affectation puisque qu'ils sont en eux-mêmes déjà « affectés » et se voient appliquer le régime protecteur de la domanialité publique.

Dans ce cas, l'affectation est « inhérente » aux dépendances en question. Elles se trouvent incorporées au domaine public car leurs aspects naturels en décident ainsi. Le domaine public naturel comprend beaucoup de biens qui, par la simple action de phénomènes naturels, se retrouvent incorporés au domaine public naturel. Par exemple, la simple action de la mer, inclut naturellement des biens au domaine public maritime. Si une partie du littoral est

recouverte par les plus hautes eaux de la mer⁶³⁹, cela emporte incorporation au sein du domaine public maritime, sans intervention humaine, ni décision administrative.

Il en va de même pour le domaine public fluvial. Là non plus, aucun acte n'est requis ; il est déterminé par un phénomène naturel. Ces phénomènes naturels ont le pouvoir de faire entrer des biens dans le patrimoine des personnes publiques sans que ces dernières n'aient émis une quelconque volonté de le faire.

Mises à part ces exceptions relatives au domaine public naturel, les biens répondant aux critères d'appartenance au domaine public se trouvent inclus dans le domaine public et bénéficient alors de la protection classique de la domanialité publique. Cependant, au sein de cette catégorie, se trouvent notamment les biens affectés à un service public. Cette simple affectation suffit à entraîner l'application du régime de la domanialité publique⁶⁴⁰. Le bien en question, qui est l'objet même du service public et qui de par sa situation et sa nature est déterminante sont des éléments militant pour l'introduction du bien au sein du domaine public. Dans ces différents cas, comme dans celui du célèbre arrêt de 1956⁶⁴¹, l'incorporation au domaine public se fait aisément et la protection ainsi escomptée est efficace.

Pour d'autres biens affectés à un service public, il faudra tout de même que des aménagements spéciaux soient réalisés. A première vue, cette exigence de l'aménagement spécial peut paraître contraignante pour les personnes publiques qui souhaitent incorporer une de leur dépendance au sein du domaine public. Si, au départ, l'ajout de cette condition relative à l'aménagement spécial était conçue pour limiter le nombre de dépendances au sein du domaine public, le juge est, très vite, devenu de moins en moins exigeant et s'est contenté, dans différents cas, d'aménagements succincts.⁶⁴² Par conséquent, de nombreux biens se sont retrouvés intégrés au domaine public, alors même que leur lien avec le service public était discutable. Il n'en demeure pas moins que ces derniers ont ensuite bénéficié de la protection associée à l'appartenance d'un bien au domaine public.

Si, contrairement au domaine public artificiel, il n'y a pas simultanément entre l'acquisition d'un bien par une personne publique et l'entrée du bien dans le domaine public naturel, ce décalage dans le temps pour le domaine public artificiel est tout de même relatif. Quand une personne

⁶³⁹ CE, 12 octobre 1973, Kreitmann, Rec. Conseil d'Etat, p. 563 ; *AJDA*, 1973, p. 586 : le Conseil d'Etat fixe la limite du domaine public maritime « au point jusqu'où les plus hautes mers peuvent s'étendre, en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles. » Cette limite jurisprudentielle a été reprise par le CGPPP à l'article L. 2111-4 alinéa 1.

⁶⁴⁰ CE, 19 octobre 1956, Société Le Béton, *JCP*, 1957, II, 9765, note de C. Blaevoet.

⁶⁴¹ Cf. *supra* note n°640.

⁶⁴² Illustrant ces propos, on peut citer les jurisprudences : CE, Ass. 11 mai 1959, Dauphin, Rec. Conseil d'Etat, p. 294 ; *AJ*, 1958, 1, p. 113 ; CE, 30 mai 1975, Gozzoli, Rec. Conseil d'Etat, p. 325, *AJ*, 1975, p. 348.

publique souhaite faire entrer un bien dans le domaine public, cela lui est assez aisé. D'une part, il n'y a pas de formalisme excessif et, d'autre part, il y a comme un réflexe dans l'incorporation du bien au domaine public par les personnes publiques si elles souhaitent les protéger. Cette incorporation au domaine public, même si nous verrons que d'autres moyens sont dorénavant envisageables pour protéger le domaine public, apparaît comme le seul rempart à toute atteinte aux biens et, au-delà, à son affectation.

La facilité avec laquelle un bien peut entrer dans le domaine public s'explique, en outre, par différentes théories d'origine jurisprudentielles. Il s'agit des théories de l'accessoire, de la domanialité publique globale et de la domanialité publique virtuelle. Avant que le CGPPP ne tente de la faire disparaître, la première de ces théories permettait de reconnaître l'appartenance d'un bien au domaine public en raison de l'existence d'un contact entre ce bien et un bien déjà affecté sans se soucier de savoir si le bien remplissait les critères d'appartenance. On rappellera qu'avant l'adoption du CGPPP, ces biens entraient dans le domaine public, soit parce qu'il y avait un lien physique entre eux et un bien déjà affecté⁶⁴³, soit parce qu'il existait un lien fonctionnel, un rapport d'utilité, entre les deux biens concernés⁶⁴⁴. Il suffisait que l'un des deux liens soit rempli pour qu'il y ait incorporation du bien au sein du domaine public par accessoire. Avant 2006, des biens tels que le sous sol des voies publiques ou des éléments du mobilier urbain ont pu être considérés comme des accessoires de biens affectés et se sont retrouvés au sein du domaine public.

Le CGPPP a défini des critères cumulatifs pour tenter de réduire la consistance du domaine public. Il ne faut plus l'un ou l'autre pour qu'un bien considéré comme accessoire entre dans le domaine public.

Cette extension a également été rendue possible grâce à la théorie de la domanialité publique globale. Le juge administratif a appliqué la domanialité publique à des biens inclus dans des ensembles immobiliers dont l'affectation n'était pas réelle.

Dans ces ensembles immobiliers comme un port, une gare, un hôpital ou encore un aéroport, les biens entretiennent entre eux une certaine unité fonctionnelle et physique. Certains sont effectivement affectés à une utilité publique, le plus souvent à un service public, mais tous les biens inclus dans cet ensemble ne le sont pas. Le juge administratif a néanmoins considéré

⁶⁴³ Un lien indissociable entre les biens affectés et l'autre bien.

⁶⁴⁴ Voir nos développements dans la Partie I, Titre II.

que tous les biens inclus dans ces ensembles faisaient partie du domaine public⁶⁴⁵. Pour le juge administratif, la globalité facilite le choix du régime juridique applicable au sein de ces grands volumes.

Il est à noter, d'ailleurs, que le CGPPP n'a pas remis en cause cette théorie et la jurisprudence récente l'a confirmée⁶⁴⁶. La conséquence demeure l'inclusion de biens au sein du domaine public alors même qu'ils n'y ont pas forcément leur place. Ils font néanmoins l'objet d'une appropriation quasi systématique.

Enfin, la dernière théorie jurisprudentielle allant dans le sens d'une extension de la domanialité est la domanialité publique virtuelle. Le juge administratif a, en effet, étendu les règles de la domanialité publique à des biens qui n'étaient pas encore affectés mais qui allaient le devenir. Alors que les critères d'incorporation d'un bien au domaine public comme l'affectation et les aménagements spéciaux ne sont pas encore remplis, des biens bénéficient du régime protecteur de la domanialité publique. Ce courant jurisprudentiel a commencé dès les années quatre-vingt⁶⁴⁷. L'application des règles protectrices avant l'incorporation du bien au domaine public montre à quel point on souhaite faire bénéficier, le plus tôt possible, ces biens d'une protection maximale.

Pourtant, les biens considérés comme faisant partie du domaine public n'en possèdent pas tous les critères. On agit par automatisme.

Le CGPPP ne semble pas avoir voulu mettre un terme définitif à la théorie de la domanialité publique virtuelle car il n'en traite pas explicitement. Cependant, implicitement, en introduisant le critère de l'aménagement indispensable pour les biens affectés à un service public, ce dernier a sans doute eu l'intention d'y mettre un terme⁶⁴⁸. Les auteurs en question et le rapport de présentation de l'ordonnance⁶⁴⁹ de 2006 annoncent la fin de cette théorie. Comme nous l'avons déjà vu⁶⁵⁰, cet aménagement doit désormais être effectif et réel pour qu'un bien puisse entrer dans le domaine public. Par conséquent, les juges ne pourront pas se contenter d'aménagements hypothétiques.

⁶⁴⁵ CE, 25 mai 2005, Sociétés des cinémas d'Huez-Chamrousse, *AJDA* 2005, p. 1804 ; CE, 1^{er} juin 2005, Gayant ; *AJDA* 2005, p. 1747.

⁶⁴⁶ CAA de Lyon, 29 avril 2008, Société Boucheries André, *RDI*, 2008. 552, note O. Févrot. CE, 28 décembre 2009, Société Brasserie du théâtre, Rec. Conseil d'Etat, p. 528, *BJCL*, 2010, p. 274. Le Conseil d'Etat fait une application stricte de la théorie de l'accessoire dans cette jurisprudence.

⁶⁴⁷ CE, 6 mai 1985, Eurolat-Crédit Foncier de France, Rec. du Conseil d'Etat p. 141 ; *AJDA* 1985 p. 620. Pour une jurisprudence plus récente réitérant cette théorie avant l'entrée en vigueur du CGPPP : CE, 25 janvier 2006, Commune de la Souche, *AJDA* 2006, p. 231.

⁶⁴⁸ C. Mangué et G. Bachelier, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1073.

⁶⁴⁹ Rapport du Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, Annexe 1 du CGPPP 2011, Litec, p. 497.

⁶⁵⁰ Cf. nos développements dans la Partie I.

Reste à savoir ce qu'il en sera pour les biens affectés à l'usage direct du public, car pour eux, désormais, plus aucun aménagement n'est nécessaire.

Cet état des lieux permet de constater à quel point le domaine public s'est élargi durant ces dernières années et à quel point on a souhaité, par différents moyens, faire entrer des biens dans le domaine public.

Pourtant, à trop étendre les règles de la domanialité publique et de la propriété publique, les personnes publiques se sont retrouvées de plus en plus handicapées par ces différents régimes juridiques protecteurs.

A tel point, que l'on peut considérer que beaucoup de biens inclus au domaine public ont fait l'objet d'une surprotection néfaste à la gestion quotidienne des biens et à leur valorisation.

Cependant, nous allons voir qu'une simple tentative de réduction du champ de la domanialité publique ou de l'appropriation publique n'est pas suffisante pour résoudre tous les problèmes. Il faut donc admettre qu'il existe d'autres moyens de protéger les biens du domaine public que de les incorporer au sein d'une propriété publique ou du domaine public pour éviter les inconvénients desquels nous allons traiter.

§ 2- Les conséquences de la protection traditionnelle des biens affectés à l'utilité publique.

Le constat est clair : les modes de protection classique des biens, représentés par la propriété publique et l'incorporation des biens au domaine public sont toujours présents. Ces différents systèmes présentent des avantages indéniables permettant d'assurer la protection de l'affectation. (A)

Cependant, ces modes de protection sont de plus en plus contestés. Le législateur notamment tend à déroger à ces modes de protection traditionnelle car ces derniers présentent, pour certains types de bien, des inconvénients incontestables. (B)

A-Les indéniables avantages de la protection traditionnelle.

Il convient de reconnaître les avantages des différents types de protection évoqués ci-dessus. Ainsi, les régimes de la propriété publique et de la domanialité publique sont toujours en vigueur et réaffirmés par le CGPPP. Ces différentes règles sont encore bénéfiques pour certains biens particuliers et n'ont pas de substituts efficaces.

Le régime de la propriété publique a l'avantage de protéger le patrimoine des personnes publiques contre leurs propres négligences. Le régime de la propriété publique offre de nombreuses dérogations au droit privé qui s'applique normalement au droit de la propriété privée. Les correctifs apportés au droit commun permettent, d'une part, de ne pas déprécier les biens de la propriété publique. D'autre part, cela permet aux collectivités publiques de pouvoir exercer une politique immobilière, de gérer leurs patrimoines, de pouvoir vendre des biens ou d'en acquérir.

Comme tout propriétaire, les personnes publiques peuvent espérer faire fructifier leur patrimoine immobilier et, dans une moindre mesure, leur patrimoine mobilier. Ainsi, en achetant ou en vendant des biens par le biais du droit commun, elles prennent parfois le risque de ne pas retirer toute la valeur possible d'un immeuble. En faisant notamment estimer les biens à leurs valeurs vénales, elles se protègent contre la dépréciation possible de leur patrimoine. Pour les accompagner dans ses tâches, elles bénéficient de l'aide de l'ancien service des domaines devenu, depuis le 1^{er} janvier 2006, France Domaine⁶⁵¹.

Le domaine privé, composé pour l'essentiel de biens qui n'ont pas reçu d'affectation à une utilité publique n'en sont pas moins importants, d'où l'existence des règles de l'insaisissabilité et de l'incessibilité des biens. Ces biens n'ont certes pas été affectés à une mission précise, mais ils participent indirectement à la satisfaction de l'intérêt général⁶⁵². Ainsi, par exemple, les forêts ou les immeubles de bureaux de l'Etat sont le siège de diverses activités du fait même de leur présence. Leur protection est moins importante que celle des biens du domaine public, mais elle est justifiée et efficace. Le régime protecteur de la

⁶⁵¹ Ce nouveau service, rattaché depuis le 1^{er} janvier 2007 à la direction générale de la comptabilité publique est composé de professionnels de l'immobilier, parfois de notaires et d'avocats, qui aident les personnes publiques dans leurs acquisitions de biens ou leurs ventes.

⁶⁵² J.M Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1958, p. 35. Pour cet auteur, la gestion même du domaine privé constitue un service public en tant que tel de nature industriel et commercial relevant du juge judiciaire.

propriété publique est proche du régime de droit commun accordé au droit de propriété des personnes publiques mais possède des correctifs au nom de la spécificité de la propriété publique.

Quant aux règles de la domanialité publique, elles ont été jusqu'au milieu des années quatre-vingt, un bouclier contre les tentatives d'investisseurs privés désireux de s'implanter sur le domaine public. Le principe d'inaliénabilité, s'il n'a pas pu empêcher des occupants privés d'acquérir des droits réels sur le domaine public, joue encore pleinement son rôle de protecteur des dépendances domaniales. S'agissant de l'utilisation du domaine public, le CGPPP énonce, par exemple, que toute utilisation du domaine public doit être conforme ou au moins compatible avec l'affectation des dépendances domaniales⁶⁵³. Par la notion d'utilisation conforme, le législateur semble vouloir indiquer que les dépendances domaniales, qu'elles soient naturelles, artificielles, mobilières ou immobilières, doivent être utilisées pour réaliser leur destination. En procédant à l'affectation d'une dépendance domaniale, l'administration ou le législateur a en tête une mission particulière pour laquelle il a affecté le bien. On peut citer l'exemple des voies ou des jardins publics. Leur intégration au domaine public répond au besoin d'utilité publique qui est de servir les piétons. L'utilisation conforme, la plus courante, de ces voies publiques, est faite par les piétons lorsqu'ils marchent sur les routes ou les trottoirs. Il en est de même pour les jardins publics. Leur destination première est d'être affectée à l'usage direct du public. Lorsque des jeux pour enfants sont installés dans ces jardins, l'utilisation de la dépendance est alors strictement conforme à son utilité publique.

Le fait de veiller à l'utilisation conforme ou compatible des dépendances domaniales avec leur finalité offre à celles-ci une protection accrue. L'alinéa 2 de l'article L. 2121-1 du CGPPP énonce, afin d'assurer cette protection, qu'aucun droit d'aucune nature ne saurait être consenti s'il fait obstacle à cette affectation. C'est pourquoi, toutes les utilisations du domaine public doivent respecter cette condition, et c'est la raison pour laquelle le principe d'inaliénabilité du domaine public impose la précarité de toutes les occupations du domaine public. En offrant la possibilité aux personnes publiques de mettre fin à tout moment à ces

⁶⁵³ L'article L. 2121-1 du CGPPP énonce : « Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation. »

L'article L. 2122-1 du CGPPP énonce : « Nul ne peut 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. »

occupations, le législateur préserve l'utilité publique des dépendances domaniales. L'administration doit alors refuser toute utilisation contraire à l'utilité publique. Ce pouvoir qu'elle détient de mettre fin à tout moment à une autorisation d'occupation domaniale qui aurait été non conforme dès l'origine ou qui serait, au fil du temps, devenue non conforme avec l'affectation, est fondamental. Or, ce type de protection n'est possible que parce que l'administration peut faire jouer le principe ancien de l'inaliénabilité du domaine public. Le fondement de cette protection est liée au principe de la continuité des services publics. Ce principe a valeur constitutionnelle⁶⁵⁴ et doit absolument être respecté. Pour cette raison, la protection reconnue par le régime de la propriété publique est suffisante. Le droit de propriété des personnes publiques bénéficie certes des mêmes protections que le droit de propriété des personnes privées et par conséquent du bénéfice de l'article 17 de la DDHC. Or, pour certains types de biens, comme ceux affectés à un service public, cette protection n'est pas suffisante. Ces biens vont donc intégrer le domaine public et bénéficier de la protection résultant de l'application des principes de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité. Le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2003 détaille les exigences découlant de la protection qui doit être accordée aux biens affectés à un service public. Le Conseil Constitutionnel explique notamment que « ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège mais aussi 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 ».⁶⁵⁵ Interprétant les propos du Conseil Constitutionnel, E. Fatôme et L. Richer expliquent que ce n'est pas, contrairement à ce que sous entend le Conseil Constitutionnel, « la protection du droit de propriété accordée par l'article 17 de la déclaration de 1789 qui fonde la domanialité publique, mais [...] la domanialité publique qui permet d'assurer la protection renforcée du droit de propriété rendue nécessaire par les exigences constitutionnelles résultant de l'existence et de la continuité du service public ainsi que de l'exercice des droits et libertés publiques. »⁶⁵⁶

Quels que soient l'interprétation et le sens du fondement que l'on veut bien donner à la protection traditionnelle, cette dernière est nécessaire. Les dépendances de la propriété

⁶⁵⁴ Le Conseil Constitutionnel a déclaré le principe de continuité du service public comme service public ayant valeur constitutionnelle : CC, 25 juillet 1979, n°79-105 DC et 27 janvier 1994 et le Conseil d'Etat l'a qualifié de principe fondamental : CE, 13 juin 1980, Mme Bonjean, Rec. Conseil d'Etat, p. 274.

⁶⁵⁵ CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, n°2003-473 DC, *RFDC*, n°56, octobre 2003, p. 772 et s, note E. Fatôme et L. Richer.

⁶⁵⁶ Cf. *supra* note n°655.

publique, et *a fortiori* celles du domaine public, ont besoin d'être protégées en raison de leurs nécessités publiques ou de leurs exorbitances.

Au-delà de ces fondements, les règles de la domanialité publique empêchent efficacement toute tentative d'entrave à l'affectation. En effet, cette dernière sera protégée contre les éventuelles tentatives des personnes publiques de faire passer les biens affectés dans le domaine privé ou de les aliéner par différentes étapes. La première étape sera celle de la désaffectation de fait qui est obligatoire pour que le juge administratif considère que l'affectation n'est plus réelle. La seconde étape consiste à prendre un acte de déclassement requis pour faire sortir le bien du domaine public avant de l'intégrer au domaine privé. Cette double condition a été assouplie lors de la réforme du CGPPP mais elle demeure un rempart contre toute mauvaise utilisation des biens du domaine public. Une simple désaffectation de fait, par exemple, le fait qu'un terrain ou une gare soient désaffectés, ne suffit pas à faire sortir lesdits biens du domaine public ni même un seul acte de déclassement.

Le déclassement est fondamental car il constitue l'acte juridique par lequel l'administration manifeste son intention de faire sortir le bien du domaine public tandis que la désaffectation fait seulement cesser le caractère d'utilité publique.

Dans la plupart des cas, le déclassement résulte d'un acte administratif émanant de l'autorité qui avait pris l'acte de classement. Le juge administratif considère qu'un parallélisme des formes est nécessaire. L'autorité qui a pris l'acte de classement est la plus apte à prendre l'acte qui fera sortir le bien du domaine public. Ce déclassement formel sera obligatoire⁶⁵⁷. Il le sera tout autant alors même qu'aucun acte de classement n'est intervenu. Rappelons que pour qu'un bien entre dans le domaine public, un acte de classement n'est pas toujours nécessaire. Une simple affectation de fait peut suffire à faire entrer un bien dans le domaine public. On mesure à quel point le juge administratif est soucieux de protéger le domaine public car il exige un acte de déclassement pour faire sortir le bien du domaine public. L'absence de parallélisme des formes dans ce domaine est inspirée par un souci de protection. D'ailleurs, le CGPPP reprend la condition du déclassement obligatoire⁶⁵⁸. Certes, il apporte de nombreuses dérogations à cette obligation de déclassement mais le principe d'une protection toujours importante du bien demeure.

⁶⁵⁷ CE, 15 janvier 1988, Compagnie française d'entreprise et de garage, *DA*, 1988, n°104.

⁶⁵⁸ L'article L. 2141-1 du CGPPP énonce : « Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement. »

Enfin, la protection traditionnelle reste efficace et ses effets sont très contraignants. Le CGPPP tente d'apporter des assouplissements à ces différentes contraintes, mais nous verrons que ceux-ci s'avèrent insuffisants pour faire face à toutes les situations. Cette protection des biens, propriété des personnes publiques, demeure très exigeante et demanderait plus de souplesse ou d'alternatives.

B-Les inconvénients de la protection traditionnelle.

De multiples raisons expliquent le recours à d'autres modes de protection. D'autres moyens permettent donc de protéger l'affectation des biens. Ces nouvelles méthodes mettent en évidence les inconvénients des modes traditionnels de protection.

L'un des inconvénients majeurs de cette protection vient d'une superposition des concepts. Dorénavant, on sait que les notions de propriété publique, de domaine public et de domanialité publique se superposent plus qu'elles ne se confondent ; il n'en demeure pas moins qu'une dissociation plus nette serait souhaitable. Cela permettrait notamment de pouvoir faire fonctionner les règles, en outre, de manière indépendante.

Les notions pourraient non seulement exister séparément et produire leurs effets indépendamment les unes des autres, mais elles pourraient également refonder un droit public des biens détaché de la question de l'appartenance d'un bien à une personne publique ou privée.

La conservation du trio propriété publique / domaine public/ domanialité publique empêche l'action de l'administration et la véritable mise en valeur de l'affectation. La combinaison de ces trois protections ne permet plus d'expliquer le droit positif dans la mesure où elle connaît de nombreuses dérogations. En effet, les interventions législatives se multiplient afin de confier la gestion des biens publics encore affectés par des personnes privées. Les nouvelles méthodes de protection ne font que souligner l'obsolescence du schéma classique.

Plusieurs inconvénients liés à cette protection traditionnelle sont dénoncés. L'extension des règles régissant la propriété publique et le domaine public est due à une double extension

de la propriété et du domaine publics. L'élargissement de l'assiette des deux domaines a corrélativement contribué à la propagation des règles qui les régissent.

La propriété publique est l'élément organique de la définition du domaine public. Or un nombre croissant de personnes se sont vues offrir la possibilité de devenir propriétaires d'un domaine public. Les établissements publics peuvent être titulaires d'un domaine public⁶⁵⁹. La nature de l'établissement importe peu. Qu'il soit administratif ou industriel et commercial, l'établissement a la possibilité d'avoir un domaine public.

L'élément matériel de la définition du domaine public a fait l'objet d'une large interprétation. Cela a entraîné une considérable extension de la domanialité publique. De nombreux biens se sont retrouvés incorporés au domaine public. Si, nous avons déjà soulevé dans la première partie le fait que l'extension du domaine public venait de l'incapacité du critère de l'aménagement spécial à jouer son rôle, on peut encore douter de l'efficacité du critère de l'aménagement indispensable nouvellement introduit par le CGPPP⁶⁶⁰. Le critère de l'aménagement spécial dégagé par la doctrine et repris par la jurisprudence n'a pas permis de circonscrire le domaine public⁶⁶¹. Par conséquent, des biens appartenant à des personnes publiques et dotés d'une affectation incertaine à une utilité publique, ont été incorporés au domaine public alors même que leurs aménagements étaient plus que douteux⁶⁶². Au milieu des années quatre-vingt, la doctrine, mais aussi les praticiens du droit, ont pris conscience des enjeux et de cette extension malade des biens inclus dans le domaine public. Cette hypertrophie s'est retournée contre les personnes publiques qui se sont vues obligées d'entretenir et de financer de nombreux biens alors que beaucoup d'entre eux ne justifiaient pas une telle attention. L'affectation de certains de ces biens à une utilité publique n'était que partielle voire inexistante mais ils se sont néanmoins trouvés « attirés » dans le domaine public en raison de leur proximité avec d'autres dépendances, de l'existence de simples petits aménagements ou du fait de la présence d'un service public⁶⁶³. L'introduction du critère de

⁶⁵⁹ La reconnaissance a d'abord été implicite plus explicite : CE, Assemblée, 23 octobre 1998, EDF, Rec. Conseil d'Etat, p. 364, *AJDA*, 1998, p. 1017, conclusions de J. Arrighi de Casanova.

⁶⁶⁰ L'article L. 2111-1 du CGPPP énonce que : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

⁶⁶¹ Cf. nos développements dans la Partie I.

⁶⁶² CE Ass. 11 mai 1959, Dauphin, Rec. Conseil d'Etat, p. 294 ; *AJ*, 1958, 1, p. 113 ; CE, 30 mai 1975, Gozzoli, Rec. Conseil d'Etat, p. 325, *AJ*, 1975, p. 348.

⁶⁶³ Il s'agit par exemple d'accessoires de la voie publique comme les appareils d'éclairage, les arbres ou encore les colonnes de publicité : voir par exemple, CE, 20 avril 1956, Ville de Nice, Rec. Conseil d'Etat, p. 162, *AJ*, 1956, 2, p. 266.

l'aménagement spécial destiné à réduire le champ d'application de la domanialité publique n'a pas fonctionné.

La protection traditionnelle ainsi accordée aux dépendances domaniales a des effets pervers que différentes réformes, comme le CGPPP, tentent d'enrayer. Sur ce point, il est encore trop tôt pour dire si le nouveau critère de l'aménagement indispensable permettra de réduire le champ de la consistance du domaine public. On peut raisonnablement penser que le juge administratif sera plus attentif à la nature et à l'importance de ces aménagements. Il semble que l'on veuille réduire le champ d'application de la domanialité publique aux seuls biens affectés à l'usage direct du public. Concernant les biens précités, le CGPPP n'exige pas de critère d'aménagement pour les incorporer au domaine public. En revanche, les biens affectés à un service public ont tendance à sortir du domaine public et de la propriété publique pour être gérés par des personnes privées. Nous verrons que cette gestion par des personnes privées est strictement encadrée mais que son existence même témoigne de l'inadaptation du régime de la domanialité publique et de la propriété publique.

Le fait d'incorporer un grand nombre de biens au domaine public ne constitue pas un problème en soi. Le problème vient du sévère régime juridique attaché à la domanialité publique. Ce point ayant déjà fait l'objet de développements, nous rappellerons seulement que ce régime a été interprété d'une façon stricte, privant ainsi les personnes publiques de toute possibilité de constituer des droits réels sur le domaine public et sur les ouvrages construits par les personnes privées occupant le domaine public. Cette interprétation était néfaste tant pour les personnes publiques responsables que pour les investisseurs privés. La surenchère donnée au principe d'inaliénabilité n'a finalement pas atteint le but recherché, à savoir une meilleure protection de l'affectation et des dépendances domaniales. L'octroi de droits réels, sous conditions ne fait pas obstacle à la persistance de l'affectation et n'a pas pour effet de déposséder les personnes publiques de leurs biens puisque ces droits réels ne valent que pour une période donnée, fixée par la personne publique propriétaire.

La surprotection au moyen de la propriété et de l'incorporation au domaine public n'est pas bénéfique, elle est même parfois contre-productive pour les personnes publiques.

En conservant ces éléments, ce que fait d'ailleurs le CGPPP, des notions perdurent, se superposent et ont tendance à se confondre. Cela nuit aux biens affectés à une utilité publique.

Le risque est d'améliorer l'existant sans résoudre auparavant les problèmes de fond⁶⁶⁴. Il importe pourtant, comme a tenté de le faire le Code en 2006, de recentrer le domaine public sur son noyau dur. Pour cette raison, le législateur a notamment introduit la notion d'aménagement indispensable. Le souhait, à long terme, est de faire de ce critère un critère capable de réduire la consistance du domaine public. De plus, le code a instauré des règles plus souples quant à la domanialité publique. Il a ouvert de plus larges possibilités aux personnes publiques d'octroyer des droits réels ou de financer des ouvrages construits sur le domaine public. L'impératif de valorisation économique du domaine public commandait ces mesures. Ces réformes semblent néanmoins insuffisantes. Elles ne permettent pas d'expliquer le droit positif et les situations dérogatoires mises en place par le législateur ces dernières années. Elles ne mettent pas fin non plus à cette superposition du trio composé d'une propriété publique spécifique, d'un domaine public encore important et d'une domanialité publique toujours aussi protectrice.

Ces trois éléments coexistent certes, mais non sans heurts.

Les multiples modifications législatives intervenues ces dernières années ont eu de nombreuses répercussions sur la définition même de la propriété et de la domanialité publiques. En effet, le droit public des biens a subi ces derniers temps de grands bouleversements. D'une part, le législateur français, comme d'autres législateurs européens, s'est réapproprié un droit domanial longtemps laissé dans les mains des juges, civils et administratifs. Ces interventions législatives ont engendré une recrudescence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sollicité pour contrôler la constitutionnalité des lois de privatisations ou de déclassement massif de biens en dehors de la domanialité et de la propriété publique. Or, ce dernier a permis à la fois une nouvelle lecture du droit domanial des personnes publiques et un retour aux sources du droit public des biens. Ces bouleversements contribuent alors à donner une image erronée du carcan déjà évoqué, à savoir une propriété publique spécifique, engendrant éventuellement l'incorporation de biens au sein du domaine public et l'application d'un régime juridique contraignant, celui de la domanialité publique. Le législateur a contribué à faire naître ces situations paradoxales, déjà dénoncées, en déclassant de nombreuses dépendances domaniales ou en procédant à la privatisation d'organismes affectataires et en dé-monopolisant de nombreux secteurs. Ainsi certains biens

⁶⁶⁴ Article de S. Nicinski, in *Confluences*, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville, Montchrestien, 2007, p. 662 et s.

pourtant affectés à l'utilité publique sont gérés par des personnes privées. Certains biens de cette nature sont la propriété de personnes privées.

Par ailleurs, ces bouleversements soulignent l'inadaptation de la protection des biens affectés. Par conséquent, ces dernières années, le législateur n'a pas hésité à déclasser des biens pour les soustraire aux règles de la domanialité publique. Il n'hésite pas non plus à les faire sortir de la propriété publique pour les vendre et apporter des deniers publics.

Cette surprotection ne correspond plus aux attentes et aux impératifs de gestion. L'heure est à la flexibilité, qui n'est cependant pas dépourvue d'inconvénients. Les investisseurs privés veulent plus d'acquis sur le domaine public.

La surprotection des biens, caractérisée notamment par le fait que des biens appartiennent à une personne publique doublée de l'incorporation dudit bien au domaine public, amène à s'interroger sur la pérennité de la distinction entre le domaine public et le domaine privé. En effet, pourquoi inclure des biens au sein du domaine public alors qu'ils bénéficient déjà, grâce aux règles de l'insaisissabilité et de l'incessibilité à vil prix, d'une protection, certes *a minima*. A force d'élargir le domaine public, la raison d'être du domaine privé, constitué du reliquat des biens qui ne peuvent pas entrer dans le domaine public, pose question. Même si la distinction entre le domaine public et le domaine privé laisse pose question, elle n'est pas totalement dénuée de pertinence.

Le domaine privé comporte actuellement des biens qui n'ont nul besoin d'appartenir au domaine public. En effet, en ce qui concerne ces derniers, leur affectation est plus que discutable, mais de surcroît leur gestion est plus difficile pour les personnes publiques alors que cela n'est pas vraiment justifié. Le domaine privé comporte des biens utiles aux personnes publiques notamment pour leurs projets d'aménagements, d'agrandissements et la constitution de réserves foncières. Or, en voulant inclure la quasi-totalité des biens au domaine public, en laissant des biens insignifiants dans le domaine privé, on prive les personnes publiques de la possibilité de mener une quelconque politique d'urbanisation ou d'aménagement. Aussi, la surprotection non justifiée pour les besoins de l'affectation n'est pas productive et contraint les personnes publiques à compliquer les règles de gestion de leurs biens.

Accroître de manière continue le nombre de biens soumis aux règles de la domanialité publique au motif qu'elle seule peut protéger les biens affectés est une erreur.

Ces dernières années, le législateur a d'ailleurs tout fait pour éviter l'application de ce régime juridique contraignant. Il a été jusqu'à empêcher l'appropriation publique lorsque cela lui était

possible. Ces différentes dérogations et ces nouvelles protections émergentes doivent retenir notre attention.

Les biens affectés peuvent non seulement être protégés en dehors de la propriété publique, mais peuvent également l'être en dehors du domaine public, le principal étant que l'affectation, et seulement elle, soit sauvegardée.

L'étude de la protection traditionnelle permet de prendre conscience de son étendue et de sa nécessité. Ces différents régimes juridiques ont non seulement pour but de protéger l'important patrimoine des personnes publiques, mais également de protéger les biens affectés à l'utilité publique comme ceux du domaine public.

Cependant, un paradoxe est né depuis quelques années : pourquoi les personnes publiques, autrefois si attirées par ces régimes protecteurs, les dénoncent-elles aujourd'hui ? Pourquoi le législateur tend-il de plus en plus à faire sortir des biens du domaine public mais aussi de la propriété publique pour les remettre entre les mains de personnes privées ? N'accorde-t-il plus d'importance à la protection pourtant nécessaire des biens affectés ou inclus dans le patrimoine des personnes publiques ?

Ces questions trouvent de nouvelles réponses. En effet, loin de perdre de vue l'enjeu de protection des biens appartenant à des personnes publiques voire au domaine public, le législateur apporte de nouvelles solutions. De nouveaux modes de protections permettent d'assurer le respect de l'affectation des biens.

Section II : La protection en émergence des biens affectés à l'utilité publique : des prérogatives détachées du propriétaire et du domaine public.

Depuis quelques années sont apparues des lois de privatisation et de déclassement de nombreux biens détenus par des personnes publiques et inclus au sein du domaine public. Si beaucoup d'entre eux sont désormais entre les mains de personnes privées le plus souvent constituées sous la forme de sociétés anonymes, d'autres demeurent dans le patrimoine des personnes publiques mais sont passées dans le domaine privé et enfin, certains sont toujours inclus dans le domaine public.

Même si certains biens ne relèvent plus du domaine ou de la propriété publics, ils restent parfois affectés à une utilité publique. Or la protection traditionnelle ne peut plus fonctionner pour eux car le régime de la propriété publique ne s'applique qu'aux biens appartenant aux personnes publiques et le régime de la domanialité publique ne s'applique qu'aux biens appartenant au domaine public. (§1)

Le législateur, conscient de cet enjeu et contraint de le respecter, a donc prévu des systèmes de substitution à la protection classique. Ces derniers, bien que relativement nouveaux, semblent fonctionner et apporter la protection nécessaire aux biens sans passer par la propriété publique et le domaine public. (§2)

§1- Une nouvelle protection guidée par le critère matériel : l'affectation.

De nouveaux systèmes de protection, que l'on détaillera, émergent. Ils mettent en avant l'idée qu'il existe d'autres moyens pour protéger l'affectation aussi efficaces que l'appropriation publique ou l'appartenance du bien au domaine public. La protection que l'on peut accorder aux biens et à leurs affectations peut non seulement passer par autre chose que l'appropriation publique mais encore, elle peut ne pas nécessiter une incorporation du bien au domaine public. En effet, ces règles protectrices traditionnelles ont tendance à « étouffer » l'action des personnes publiques et à générer des effets pervers. Aujourd'hui, il est possible

d'envisager la protection de l'affectation sans une appartenance du bien au domaine public (B) ou aux personnes publiques (A).

A-La protection des biens affectés dissociables de l'appartenance à une personne publique.

L'enjeu est de démontrer que la protection traditionnelle accordée aux biens par l'intermédiaire de l'appropriation publique n'est pas la seule solution pour les protéger. Pourtant, aujourd'hui encore, le critère organique, l'élément organique de la définition du domaine public, est encore largement exigé. Il est toujours une des conditions premières de la propriété des personnes publiques mais surtout de leurs possibilités d'avoir un domaine public.

Or, les biens publics pourraient être protégés en dehors de toute appropriation publique. C'est désormais cette approche qui doit être présentée. Il faut mettre en évidence le fait que cette solution est envisageable voire souhaitable. Ce n'est certes pas l'option privilégiée par le CGPPP en 2006 mais c'est pourtant celle qui serait la plus efficace.

L'intérêt est de démontrer que l'abolition du critère organique ouvre la voie à davantage de souplesse dans la gestion des biens publics affectés. Cela n'empêche pas, par ailleurs, de veiller au respect de l'affectation à l'utilité publique.

Si le CGPPP montre son attachement à l'affectation et à la protection de celle-ci lors de l'utilisation du domaine public, il n'en reste pas moins que la propriété, figurant dans l'intitulé même de l'ouvrage, n'est pas oubliée. Dès ses premiers articles, le CGPPP rappelle que pour posséder un domaine public, autrement dit des biens affectés, il faut au préalable une propriété publique.

Le Code reprend la jurisprudence établie au cours des 19^{ème} et 20^{ème} siècles. Dans un avis du 10 juin 2004⁶⁶⁵ concernant l'Agence France-Presse⁶⁶⁶, le Conseil d'Etat avait rappelé cette

⁶⁶⁵ CE, Assemblée, avis du 10 juin 2004, *RFDA*, septembre-octobre 2004, n°5, p. 923.

⁶⁶⁶ L'AFP désigne l'Agence France-Presse.

condition. La question posée au Conseil d'Etat, en tant qu'organisme chargé de conseiller le gouvernement, était la suivante : l'immeuble abritant le siège de l'Agence France-Presse constitue-t-il une dépendance du domaine public ? Le doute était permis car le statut de l'AFP manquait d'autant plus de clarté que le législateur lui avait confié une mission d'intérêt général. Cependant, pour que l'immeuble de l'AFP soit reconnu comme faisant partie du domaine public, il aurait fallu que l'AFP soit une personne publique. Dans cet avis, le Conseil d'Etat rappela cette condition. Or, l'AFP, créée par une loi du 10 janvier 1957, est « un organisme autonome doté de la personnalité civile ». Ce statut spécial a été conçu pour garantir son indépendance vis-à-vis du gouvernement. Par ailleurs, cette dernière est investie d'une mission d'intérêt général.

L'examen des statuts de l'AFP empêchait de la considérer comme un établissement public, alors même que cela aurait pu, sous certains aspects, paraître légitime. Était-elle alors une personne publique *sui generis* ? L'avis du Conseil d'Etat se reporte à l'intention du législateur, celui-ci assimilant l'AFP à un organisme de droit privé *sui generis* à statut législatif. Par conséquent, le Conseil d'Etat considéra qu'elle n'était pas une personne publique. La Haute juridiction ne se préoccupa pas de savoir de savoir si elle était, ou non, investie d'une mission d'intérêt général ou si son siège était affecté et spécialement aménagé à cet effet. A partir du moment où la première condition de l'appartenance du bien à une personne publique n'était pas respectée, il n'était pas envisageable de concevoir que les personnes, autres que celles ayant le statut de personne publique, soient en mesure de posséder un domaine public.

Pourtant, la situation d'AFP est paradoxale. En effet, elle est sûrement investie d'une mission de service public, celle d'informer, et certains biens sont affectés à cette mission. Mais, elle ne peut être propriétaire d'un domaine public au motif qu'elle n'est pas une personne publique. Les biens des personnes privées, même affectés au public ou au service public, ne peuvent pas faire partie du domaine public et ce quels que soient les statuts de celles-ci⁶⁶⁷.

Rendre facultative la condition de l'appartenance à une personne publique présenterait d'indéniables avantages, mais ce n'est pas l'option choisie par le législateur en 2006, celui-ci ayant préféré confirmer la tendance jurisprudentielle. Faire prévaloir l'affectation et la finalité des biens serait, d'une part, plus réaliste et, d'autre part, faciliterait la gestion des biens par les personnes publiques ou privées. Nous verrons, en étudiant le financement des équipements du

⁶⁶⁷ Il s'agit, par exemple, des sociétés, des sociétés d'économie mixte et des associations.

domaine public, que le maintien de l'exigence organique constitue un frein au développement de la valorisation économique.

D'ailleurs, on s'est longtemps efforcé de dire que le droit de propriété des personnes publiques était de même nature que celui des personnes privées. Aussi, même si le droit de propriété des personnes publiques diffère du droit de propriété des personnes privées ne s'écarte-t-il pas totalement du régime juridique de droit commun. C'est bien la preuve qu'une appropriation publique systématique n'est pas nécessaire.

Faire échapper les biens à l'emprise de la propriété publique offrirait davantage de possibilités pour le financement des biens publics et faciliterait leur gestion.

Nous pouvons d'ailleurs établir un parallèle avec les ouvrages et les services publics. En effet, à partir du début du 20^{ème} siècle, des personnes privées ont été amenées à gérer des services publics et des ouvrages publics. Les personnes privées ont pris en charge de nombreux services et ouvrages publics comme la gestion d'établissements scolaires, de mutuelles, d'assurances maladie ou encore, pour les ouvrages publics, de biens comme des tunnels. Or, à l'époque, on a parlé de crise du service public car les critères d'identification habituels du service public n'étaient plus les mêmes. Jusqu'à l'arrêt du Conseil d'Etat de 1938⁶⁶⁸, tous les services publics étaient gérés par des personnes publiques, répondaient à un besoin d'intérêt général et se voyaient pour cette raison appliquer les règles du droit public. A partir du moment où le Conseil d'Etat a autorisé des personnes privées à gérer des services publics, le critère organique a donc été mis à mal. Le critère organique, à savoir la présence d'une personne publique, a peu à peu été remis en question pour la simple raison que des personnes privées ont pu gérer des services publics, non seulement des services publics industriels et commerciaux, mais aussi des services publics administratifs. Le régime juridique applicable à ces services publics gérés par des personnes privées emprunte à la fois au droit public et au droit privé. Mais le plus remarquable est que des personnes privées sont devenues gestionnaires de ces services publics sans que l'activité de service public soit pour autant remise en cause. La prise en charge du service public par des personnes privées tels que les associations ou les syndicats, a permis à celui-ci de se diversifier. L'activité en tant que telle n'ayant pas disparu, l'élément matériel de la définition du service public, à savoir l'activité d'intérêt général, demeure. Aujourd'hui, des activités d'intérêt général peuvent être reconnues

⁶⁶⁸ CE, Ass. 13 mai 1938, Caisse Primaire « Aide et Protection », Rec. Conseil d'Etat, p. 417.

comme des activités de service public alors même que leurs initiatives proviennent de personnes privées⁶⁶⁹. Le verrou organique, relatif à l'identification d'un service public a donc « sauté » même si d'autres moyens, indirects, permettent de préserver l'activité de service public.

Les ouvrages publics ont connu une évolution similaire. Ils entretiennent une relation privilégiée avec le domaine public car ils ont en commun la notion d'affectation⁶⁷⁰. Pourtant, toutes les dépendances domaniales ne sont pas des ouvrages publics. Si beaucoup de biens du domaine public sont des ouvrages publics comme les voies publiques, les gares ou les voies ferrées, toutes les dépendances domaniales ne sont pas des ouvrages publics. En effet, la relation entre la personne publique et l'ouvrage public n'est pas systématique. Un ouvrage public peut être la propriété d'une personne privée sans pour autant remplir une mission d'intérêt général. Aujourd'hui, une personne privée peut être propriétaire d'un ouvrage public. Auparavant, ces cas étaient isolés⁶⁷¹ mais depuis quelques années, les cas de gestion d'ouvrages publics par des personnes privées se multiplient. Le mouvement de privatisation de ces dernières années emporte des conséquences sur les biens ayant appartenu au domaine public. On peut rappeler que ces biens appartenaient auparavant à des personnes publiques constituées sous la forme le plus souvent d'établissements publics. Quand ces établissements se sont progressivement transformés en sociétés anonymes, leurs biens ont nécessairement été déclassés. Si certains biens sont désormais assimilés aux biens détenus par une personne privée et ne bénéficient d'aucun traitement particulier, beaucoup d'autres ont gardé, le plus souvent grâce à une intervention législative, leur qualité d'ouvrage public. C'est notamment le cas pour certains biens d'ADP même si la plupart sont sortis du domaine public⁶⁷². Concernant les biens d'ADP, cette précision fut ajoutée dans la loi afin de lever un doute résultant d'un avis du Conseil d'Etat portant sur la qualification d'ouvrage public⁶⁷³ dans le cadre de la privatisation de France Télécom dont les biens avaient été déclassés et transférés à

⁶⁶⁹ M. Basex et S. Blazy, note sur CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, *DA*, juin 2007, commentaire n°95, p. 35.

⁶⁷⁰ P. Godfrin, M. Degoffe, *Droit administratif des biens*, 9^{ème} édition, Sirey, 2009, p. 251 : « La notion d'affectation entre dans la définition de l'ouvrage public comme dans celle du domaine public. La dépendance domaniale est affectée au public ou au service public, et donc à une utilité générale, alors que l'ouvrage public est affecté à une fonction d'intérêt général. »

⁶⁷¹ Il s'agissait surtout des branchements particuliers de canalisation ou encore si l'ouvrage était rattaché à un titre ou à un autre à la personne publique, sans qu'elle ne soit propriétaire.

⁶⁷² Article 2 de la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, n°2005-357, *JO* 21 avril 2005, p. 6969.

⁶⁷³ CE, avis, 11 juillet 2001, n°229486, *AJDA* 2002, p. 266 note J. Dufau.

une personne privée. Dès lors, ces biens ne pouvaient plus être considérés comme des ouvrages publics.

Pour écarter cet avis, le législateur a donc précisé qu'il tenait à ce que les ouvrages d'ADP encore affectés au service public aéroportuaire demeurent des ouvrages publics. A l'heure actuelle, une loi ne semble pas nécessaire pour admettre la qualification d'ouvrage public détenu par une personne privée. En effet, par une décision du Tribunal des conflits⁶⁷⁴ et un avis contentieux⁶⁷⁵ du Conseil d'Etat, le droit a récemment évolué. Il résulte de ces décisions que le caractère d'ouvrage public peut être conservé malgré l'appartenance du bien à des personnes privées, sous réserve que ces ouvrages restent affectés à un service public. Le considérant de principe de l'avis contentieux du Conseil d'Etat ne laisse aucun doute puisqu'il dispose que : « La qualification d'ouvrage public peut être déterminée par la loi. Présentent aussi le caractère d'ouvrage public, notamment les biens immeubles résultant d'un aménagement, qui sont directement affectés à un service public, y compris s'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution de ce service public. »

Par conséquent, pour les ouvrages publics encore affectés, le « verrou organique » ne semble plus être un problème s'agissant des ouvrages publics encore affectés. On comprend alors mal en quoi cela peut constituer un problème à l'égard des biens devant appartenir au domaine public ou tout simplement pour bénéficier d'une protection suffisante en raison de leur affectation.

On retrouve alors le comparatif que l'on peut établir entre le droit français et les droits étrangers. En droit anglais, des passerelles existent entre les propriétés privées et publiques, des particuliers peuvent posséder des biens publics tant que l'usage public est protégé. Le droit allemand fait également abstraction de la qualité juridique des biens affectés et ne s'attache qu'à protéger l'affectation en tant que telle.

Il convient sans doute de se rapprocher des solutions des droits anglais et allemand et de se détacher de l'idée que seule l'incorporation au domaine public protège un bien.

⁶⁷⁴ TC, 12 avril 2010, E.R.D.F. c/ Michel, n° 3718, *JCP A* 2010, n° 2173, note J. Moreau ; *RFDA*, mai-juin 2010, p. 551, conclusions M. Guyomar, note F. Melleray.

⁶⁷⁵ CE., Assemblée, Avis contentieux n° 323179 du 29 avril 2010, M. et M^{me} Béligaud, *J.O.R.F.* n°0107 du 8 mai 2010 p. 8406 texte n° 106 ; *RFDA*, mai-juin 2010, p. 572, note F. Melleray.

B-La protection des biens affectés dissociables de l'appartenance au domaine public.

Dans la même ligne que celle qui nous a conduit à considérer que l'appropriation publique n'était pas la seule solution pour protéger les biens et, indirectement, leurs affectations, il s'agit, désormais de démontrer que l'incorporation systématique et massive des biens au domaine public n'est pas non plus la seule solution pour protéger l'affectation.

Cette protection est pourtant dissociable de l'idée qu'il faille impérativement incorporer le bien au domaine public pour qu'il puisse se voir appliquer le régime juridique de la domanialité publique.

Il est important de se recentrer sur la notion d'affectation pour mieux cerner les règles qui lui sont applicables mais également pour mesurer son importance. Autrement dit, à partir du moment où cette dernière est protégée, il n'y a aucune raison d'appliquer un régime aussi contraignant et parfois contre-productif à des biens dont l'intérêt s'avère faible.

La question qui se pose est de savoir s'il existe, en dehors du domaine public et *a fortiori* de la propriété publique, une protection efficace permettant de faire perdurer l'affectation ? L'incorporation au domaine public constitue-t-elle la seule protection possible pour un bien affecté à une utilité publique ? Existe-t-il une ou des obligations constitutionnelles d'appartenance de biens au domaine public ?

L'intérêt est de démontrer que la protection de l'affectation d'un bien affecté à une utilité publique peut être réalisée autrement que par l'incorporation de celui-ci au domaine public. Ce n'est pas la seule solution envisageable.

La jurisprudence et le CGPPP distinguent deux catégories d'affectation : d'une part, l'affectation à des services publics ; d'autre part, l'affectation à l'usage direct du public.

S'agissant de la première catégorie d'affectation, la sortie du bien de la propriété et du domaine publics est particulièrement significative. Or, les exigences d'ordre constitutionnel n'empêchent pas l'exclusion de ces biens du domaine public. Elles exigent uniquement qu'ils bénéficient d'une protection assurant la continuité du service public, exigence d'ordre

constitutionnelle⁶⁷⁶. A partir du moment où le législateur prévoit des régimes de substitution, il n'y a pas d'opposition constitutionnelle à ce que des biens, même encore affectés à un service public ne fassent plus partie du domaine public alors même qu'ils remplissent toutes les conditions pour y appartenir⁶⁷⁷. Ce qui reste, pour l'heure, obligatoire, c'est que ces biens, sortis du domaine public, soient soumis à un minimum de règles spécifiques destinées à garantir notamment le respect de la continuité du service public.

S'agissant de l'autre catégorie, à savoir celle des biens affectés à l'usage direct du public, le Conseil Constitutionnel s'est moins prononcé moins clairement. Peut être doit-on considérer, à l'instar d'Y. Gaudemet, que le Conseil Constitutionnel englobe dans la notion d'affectation, les deux catégories précitées⁶⁷⁸. Pourtant, l'enjeu de cette distinction est considérable. En effet, la plupart des biens du domaine public naturel et la plupart de ceux affectés à de « grandes » libertés publiques, comme la liberté du commerce et de l'industrie ou celle d'aller et venir, sont considérées comme étant affectés à l'usage direct du public. E. Fatôme⁶⁷⁹ traite de l'importance de ces biens et distingue ceux qui résultent d'une intervention humaine de ceux qui appartiennent au domaine public naturel. Pour les premiers d'entre eux, il suffit de reprendre le même raisonnement que pour les biens affectés à des services. Aucune obligation constitutionnelle n'impose d'inclure ces biens au domaine public à partir du moment où l'administration ou le législateur sont tenus de respecter des obligations constitutionnelles découlant des libertés publiques. Ces biens, comme par exemple un jardin public, peuvent sortir du champ de la domanialité publique à condition qu'un régime de substitution soit prévu pour respecter cette affectation et les libertés publiques sous-jacentes.

Ces régimes de substitution semblent contenir des règles dérogatoires au droit commun destinées à protéger cette affectation. Ces règles sont certes moins contraignantes que celles de la domanialité publique, mais elles présentent des spécificités.

Les biens affectés au domaine public naturel ont une particularité : outre le fait d'être, pour certains d'entre eux affectés à une liberté publique, ils ne sont pas remplaçables et ont ainsi un caractère exceptionnel⁶⁸⁰. En raison de leur rareté et de leurs caractères exceptionnels, ces biens bénéficient d'une protection accrue. Malgré cela, aucune disposition constitutionnelle

⁶⁷⁶ Voir plus loin les références constitutionnelles à ce propos.

⁶⁷⁷ E. Fatôme, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1196.

⁶⁷⁸ Les deux catégories étant celles de l'usage direct du public ou de l'usage à un service public.

⁶⁷⁹ Cf. *supra* note n°677, p. 1196.

⁶⁸⁰ Comme le littoral ou le domaine public fluvial.

n'oblige à incorporer ces biens au domaine public, ou à les soumettre au régime juridique de la domanialité publique. L'important est de protéger leur affectation.

Le législateur semble donc assez libre. Cependant, ce constat ne reflète pas la réalité. Si de nombreuses personnes publiques veulent échapper aux règles strictes de la domanialité publique, pour d'autres biens, qui ne sont protégés que par les seules règles de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité. Celles-ci s'avèrent être nécessaires et protectrices de l'affectation. Le régime de la domanialité publique est de première utilité pour un nombre résiduel de biens dont la sortie du domaine public n'est pas envisageable. En effet, qui d'autre que l'Etat ou les collectivités territoriales voudrait prendre en charge des dépendances du domaine public naturel ou certains biens du domaine public artificiel comme les voies publiques ou les marchés ?

L'appartenance de certains biens au domaine public semble essentielle, et on revient alors à l'idée d'un « noyau dur ». En revanche, pour d'autres biens, cette appartenance semble plus contraignante qu'avantageuse.

On observe actuellement un double mouvement de sortie des biens du domaine et de la propriété publics.

Ainsi, la propriété publique et le domaine public ne sont pas les seuls modes de protection des biens affectés. Le régime de la propriété privée peut l'être à la condition de prévoir des régimes spécifiques qui s'inspirent du régime classique de l'inaliénabilité administrative. C'est ce qu'il convient désormais d'aborder.

Les textes adoptés au moment de la privatisation de France Télécom et de La Poste montrent que des contraintes continuent de peser sur les biens toujours affectés à l'utilité publique. Si de nouvelles formes de protection émergent parmi les nouveaux textes législatifs, il n'en demeure pas moins que le Conseil Constitutionnel veille sur ces biens affectés.

§2- Des régimes juridiques sur mesure : l'illustration des nouvelles protections des biens affectés à l'utilité publique.

Il a été question, lors de nos précédents développements, de l'étude du passage, pour de nombreux établissements publics, à des formes privées comme des sociétés anonymes. Or, si nous avons vu à quel point le patrimoine de ces anciens établissements publics a été bouleversé, la question du devenir de leurs biens et de leurs éventuelles protections n'a pas été abordée.

Très souvent, le législateur a réglé le problème du statut juridique des biens qui, aujourd'hui encore, restent affectés à des services publics comme celui de l'électricité, des télécommunications ou encore du transport aérien. (A)

Contre toute attente, ces biens toujours affectés n'ont pas été négligés. Ils continuent de préoccuper aussi bien le législateur que le Conseil Constitutionnel. Ainsi de nouveaux mécanismes de protection sont apparus pour protéger l'affectation de ces biens. (B)

A-Les nouveaux cas de protection de l'affectation des biens.

Les développements suivants vont permettre de constater qu'à côté des techniques de protections traditionnelles précédemment étudiées, se sont développés de nouveaux mécanismes porteurs d'un objectif commun, à savoir la protection des biens affectés à l'utilité publique. Ces différentes techniques sont liées au fait que les biens affectés devaient être protégés en raison de leur affectation, alors qu'ils n'appartenaient plus à des personnes publiques et ne faisaient plus partie du domaine public.

De toute évidence, les règles de la domanialité publique et celle de la propriété publique cohabitent désormais avec ces nouvelles techniques de protection sur lesquelles nous allons nous attarder.

On peut remarquer, de prime abord, que ces différentes techniques, assez récentes, n'ont pas encore toutes été mises à l'épreuve, mais le fait de les avoir prévues démontre à quel point le souci de la préservation de l'affectation est omniprésent.

Cette nouvelle approche amène alors à s'interroger sur les différents aspects de ces mécanismes. Comment peut-on protéger l'affectation ? Quels sont les moyens mis au point pour remplacer les techniques de protection traditionnelles précédemment évoquées ?

Plusieurs nouveautés sont à observer. Si le but est de se dispenser des techniques de l'appropriation publique ou l'incorporation au domaine public, il faut néanmoins préciser que ces techniques perdurent et qu'elles sont toujours utiles pour les biens qui répondent précisément aux critères du domaine public. Autrement dit, ces règles contraignantes doivent continuer de s'appliquer au noyau dur du domaine public. Cette protection est nécessaire quand il n'y pas d'autres solutions et quand l'appropriation publique, voire l'incorporation au domaine public, semble incontournable.

Or, pour de nombreux biens encore affectés à l'utilité publique, différentes protections sont envisageables. Elles se traduisent par l'actionnariat de l'Etat, par des servitudes qui restent attachées aux biens privés affectés à l'utilité publique ou encore par des clauses prévues dans des contrats conclus entre l'Etat et les nouvelles sociétés privées.

En ce qui concerne les régimes de substitution protecteurs des biens encore affectés à un service public mais appartenant à une personne privée, les régimes se multiplient et le désordre règne.⁶⁸¹ Ce constat est partagé par la majorité de la doctrine. A chaque intervention législative destinés à transformer les EPIC en sociétés anonymes, les modalités destinées à protéger les biens encore affectés à un service public ont varié d'un cas à l'autre. Nous pouvons le démontrer en analysant différents exemples d'anciennes entreprises publiques ou établissements publics actuellement transformés en personnes privées.

⁶⁸¹ Sur ce constat général, S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés. », *RFDA*, janvier-février 2008, p. 40.

S'agissant de France Télécom, la loi de 1996⁶⁸², laisse certaines prérogatives à l'Etat afin de lui permettre de veiller sur les biens déclassés. Il est notamment prévu que : « lorsqu'un élément d'infrastructure des réseaux de télécommunications est nécessaire à la bonne exécution par France Télécom des obligations de son cahier des charges, et notamment à la continuité du service public, l'Etat s'oppose à sa cession ou à son apport et subordonne la réalisation de la cession ou de l'apport à la condition qu'ils ne portent pas préjudice à la bonne exécution desdites obligations. » Pour France Télécom, le problème vient du fait que ce régime de substitution protecteur a été abrogé par la loi de 2003⁶⁸³. En effet, la loi de 2003 a supprimé le statut d'exploitant du service public universel à France Télécom. N'ayant plus cette vocation, le législateur a donc décidé que le régime protecteur résultant du statut n'était plus justifié. Les prérogatives de l'Etat, et notamment celles liées à son statut d'actionnaire, ont donc été supprimées.

A l'instar de S. Nicinski⁶⁸⁴, nous ne pouvons qu'être surpris de cette absence de protection découlant du fait que France Télécom n'est plus considéré comme gestionnaire d'un service public universel. Certains biens indispensables sont ainsi menacés par ce changement.

Les biens d'EDF ont un statut très particulier car ils n'ont pas eu besoin de régime juridique de substitution. En 1998, le Conseil d'Etat⁶⁸⁵ a considéré que le législateur, dans la loi de 1946, avait fixé des règles incompatibles avec le régime de la domanialité publique. En conséquence, il n'y avait pas lieu de mettre en place un régime censé se substituer au régime protecteur traditionnel dans la mesure où ce dernier était inexistant. Autrement dit, à partir du moment où les règles de la domanialité publique n'ont jamais été appliquées à ces biens, des règles de substitution étaient alors superflues. Lors de la transformation d'EDF et de GDF en sociétés anonymes, il n'y a donc pas eu de règles protectrices envisagées. Cependant, cela ne signifie pas que les biens restants affectés au service public ne bénéficient d'aucune protection. En effet, un certain nombre de « parades » ont été trouvées comme, par exemple, le transfert, défini par la loi de 2004⁶⁸⁶, des ouvrages de réseaux de distribution aux collectivités territoriales. De plus, les ouvrages les plus importants d'EDF et de GDF sont

⁶⁸² Loi du 26 juillet 1996, loi 96-66 relative à l'entreprise nationale France Télécom, JO, 27 juillet 1996, p. 11398.

⁶⁸³ Loi du 31 décembre 2003, relative aux obligations de service public des télécommunications et de France Télécom, n° 2003-1365, JO, 1^{er} janvier 2004, p. 9.

⁶⁸⁴ Cf. *supra* note n°681.

⁶⁸⁵ CE, Ass. 23 octobre 1998, EDF, Rec. Conseil d'Etat p. 364 ; *CJEG*, 1998, p. 490.

⁶⁸⁶ Article 36 de la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, n°2004-803, JO du 11 août 2004, p. 14256. Article abrogé par l'article 4 de l'ordonnance du 9 mai 2011, n°2011-504 aujourd'hui codifié à l'article L. 322-6 (V) et L. 432-5 (V) du Code de l'énergie.

insaisissables. Quant au réseau de transport de l'énergie et du gaz, s'il est certes transféré à une société anonyme, son capital reste contrôlé en totalité par EDF, l'Etat ou d'autres personnes publiques. Enfin, s'agissant des exploitants des installations de production, des obligations peuvent leur être imposées par l'administration⁶⁸⁷. Aussi, l'absence de régime protecteur est-elle largement compensée par l'existence de règles ponctuelles, de différentes natures, qui permettent de veiller au respect de l'affectation.

S'agissant des biens d'ADP, le régime instauré par le législateur est très protecteur. On rappellera que la loi de 2005⁶⁸⁸ ne concerne que les biens affectés à ADP et non ceux des grands aéroports régionaux pour lesquels rien n'a changé et qui restent donc soumis au mode de la concession. Ils demeurent la propriété de l'Etat⁶⁸⁹.

Les biens affectés à ADP, qui appartenaient au domaine public, ont été contraints d'en sortir. ADP étant devenu une personne privée, le législateur ne pouvait laisser les biens précités dans le domaine public. En procédant au déclassement des biens puis à leur transfert dans le patrimoine de la personne privée, le législateur était de nouveau contraint d'offrir une protection à ces biens. Or, le choix du législateur fut différent de celui opéré pour France Télécom. En effet, pour les biens encore affectés au service public aéroportuaire, il a fait le choix de les qualifier d'ouvrages publics⁶⁹⁰. Aussi ces derniers bénéficient-ils de la protection accordée aux ouvrages, c'est-à-dire du principe d'intangibilité de l'ouvrage public et du régime de la responsabilité pour dommage de travaux publics sans compter les sanctions pénales destinées à préserver l'intégrité d'un ouvrage public. Le principe d'intangibilité de l'ouvrage public, si puissant auparavant, empêchait le juge d'ordonner la démolition d'un ouvrage public qui aurait été mal construit même s'il empiétait sur la propriété privée⁶⁹¹. Toutefois, le juge est aujourd'hui peu à peu revenu sur cette jurisprudence et tolère désormais que l'on puisse ordonner la démolition d'un ouvrage public à condition que la régularisation de la situation soit impossible et que le bilan coûts-avantages penche en défaveur de la

⁶⁸⁷ Article 6 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, n°2000-108, *JO* du 11 février 2000, p. 2143. Article abrogé par l'article 4 de l'ordonnance du 9 mai 2011, n°2011-504 aujourd'hui codifié à l'article L. 311-1 et 6 (V), L. 143-4 (V) et L. 141-1 à L. 141-3 (V) du Code de l'énergie.

⁶⁸⁸ Loi du 20 avril 2005, relative aux aéroports, n°2005-357, *JO* 21 avril 2005, p. 6969.

⁶⁸⁹ S. Braconnier, « La loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, la régulation économique à l'épreuve du SP », *RJEP*, n°627, janvier 2006, p. 7.

⁶⁹⁰ L'article 2 alinéa 2 de la loi du 20 avril 2005 énonce : « les ouvrages appartenant à la société A.D.P et affectés au service public aéroportuaire sont des ouvrages publics. »

⁶⁹¹ Amorce du tournant jurisprudentiel : CE, Sect., 19 avril 1991, Époux Denard et Martin, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 148 ; *RFDA*, 1992, concl. Toutée ; *AJDA*, 1991, note Teboul et C. Cass., Ass. Plén., 6 janvier 1994, Consorts Baudon de Mony c. EDF, *RFDA*, 1994, p. 1121, note C. Boiteau.

présence de l'ouvrage public⁶⁹². Cependant, pour le moment, ces cas restent isolés car l'ouvrage public fonctionne généralement dans un but d'utilité publique qui l'emporte sur les différents intérêts privés.

La qualification d'ouvrages publics accordée aux biens d'ADP s'explique par le fait que le législateur se trouve dans la nécessité de respecter les missions de service public attachées aux plates-formes aéroportuaire.

S'agissant des autres biens qui ont été déclassés et transférés dans le patrimoine de la personne privée et qui n'étaient plus affectés à des missions de services publics, leur sort est entièrement dans les mains de la nouvelle société ADP. Mais, ce passage a été assorti de différentes garanties⁶⁹³. ADP conserve notamment la mission de service public qui lui a été confiée. Le Conseil Constitutionnel, nous le verrons ensuite, a tenu au respect de l'exigence de continuité du service public, principe à valeur constitutionnelle. Pour cette raison, il a considéré que ce principe était respecté dès lors que la majorité du capital de la nouvelle société était détenue par l'Etat. De plus, on constate l'existence d'un cahier des charges très précis et ce afin de répondre aux exigences du service public. Des sanctions administratives sont ainsi prévues, notamment dans le cas où la société ne répondrait pas à ce cahier des charges. En outre, il est prévu que l'Etat pourra s'opposer à toute cession par ADP d'un terrain ou d'un ouvrage qui serait nécessaire à la bonne exécution des missions de service public qui lui ont été confiées. Il est également prévu que l'Etat puisse s'opposer à la constitution de sûretés sur un ouvrage ou un terrain. La saisie des biens encore affectés à une mission de service public ainsi que la législation sur les baux commerciaux ne peuvent s'appliquer⁶⁹⁴.

Reste à souligner que la loi de 2005 a tenu à écarter du déclassement les biens « qui sont nécessaires à l'exercice par l'Etat ou ses établissements publics de leurs missions de service public concourant à l'activité aéroportuaire et dont la liste est déterminée par décret en Conseil d'Etat. » Ce décret⁶⁹⁵ énonce alors une liste de biens comprenant les tours de contrôle et les bâtiments techniques associés à ces dernières ainsi que les terrains leur servant d'assiette. Les radars ou les balises de radio navigation sont également compris dans cette liste. Ces biens restent donc à la disposition de l'Etat et c'est ce dernier qui en assure l'entretien.

⁶⁹² CE, Sect., 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, *AJDA*, 2003, p. 477, concl. Maugué, et p. 784, note Sablière.

⁶⁹³ J. Dufau, « Le changement de statut d'Aéroport de Paris », *JCP A*, n°27, 2005, p. 1079.

⁶⁹⁴ Cf. *supra* note n°693.

⁶⁹⁵ Décret du 8 décembre 2005, n°2005-1538, *JO* du 10 décembre 2005, p. 19069.

Enfin, il reste à s'interroger sur les biens de la Poste. La loi du 11 décembre 2001⁶⁹⁶ prévoyait la possibilité de faire blocage lorsque la cession ou l'apport d'un bien de l'entreprise serait susceptible de compromettre la bonne exécution des obligations de la Poste au regard de la continuité du service public ou de l'aménagement du territoire⁶⁹⁷. Le passage d'une entreprise publique à une entreprise privée a été réalisé par la loi du 9 février 2010⁶⁹⁸, faisant de la Poste une société anonyme. Cependant, en ce qui concerne, par exemple, les bureaux de poste, ces biens restent relativement protégés car la Poste reste une entreprise du secteur public. L'Etat en est actionnaire. Le capital est détenu majoritairement par celui-ci et par d'autres personnes morales appartenant au secteur public. La Poste et ses filiales restent un groupe public qui remplit des missions de service public et l'ensemble des opérateurs de services postaux sont soumis à des règles d'intérêt général communes (article 18 de la loi). La loi énumère d'ailleurs ces différentes missions de service public⁶⁹⁹, à savoir le « service universel postal, la péréquation tarifaire qui permet une égalité d'accès au service universel, l'aménagement et le développement du territoire, la distribution et le transport de la presse dans le cadre du régime spécifique prévu par le Code des poste et télécommunications électroniques et enfin l'accessibilité bancaire. »

Par conséquent, au regard de ces différentes missions de service public, on peut souhaiter que l'Etat demeure attentif au respect des exigences du service public et qu'il prête attention au respect des biens qui servent ces intérêts. Les filiales de la Poste et leurs biens sont donc soumis à un régime particulier.

Les multiples moyens de protection, distincts de la propriété publique et de la domanialité publique, montrent à quel point le législateur se préoccupe systématiquement du respect de l'affectation. On a pu observer la diversité des moyens mis en œuvre pour préserver l'affectation. Ce phénomène s'explique par les différentes contraintes pesant sur le législateur.

⁶⁹⁶ Loi MURCEF (Mesures urgentes à caractère économique et financier) du 11 décembre 2001, n°2001-1168, *JO* du 12 décembre 2001, p. 19703.

⁶⁹⁷ P. Yolka, « Le patrimoine immobilier de La Poste (observations en marge d'un arrêt récent) », *JCP A*, n°29, 18 juillet 2005, p. 1140.

⁶⁹⁸ Loi du 9 février 2010, n°2010-123, *JO* du 10 février 2010 p. 2321.

⁶⁹⁹ J-M. Pontier, « Le nouveau statut de la Poste », *JCP A*, n°11-12, 2010, p. 3

B-Le cadre des nouvelles protections en dehors de la propriété publique : des mécanismes soumis à conditions.

Les différents régimes destinés à se substituer à la domanialité et à la propriété publiques ont pris le relais des règles que nous avons qualifiées de traditionnelles.

Le facteur déterminant de la mise en place d'un régime de protection est la présence d'un service public et par conséquent l'affectation sous-jacente du bien à l'utilité publique. Pour le Conseil Constitutionnel, l'important est de protéger, non pas la propriété publique, mais plutôt l'affectation des biens. Les atteintes à la propriété publique sont possibles à condition que les limites fixées par la Constitution soient respectées. Le Conseil Constitutionnel va le plus souvent tolérer ces atteintes et autoriser la privatisation totale ou partielle de l'ancienne personne publique. On sépare ainsi totalement l'aspect relatif à la propriété de celui lié à l'affectation, pour ne retenir que le deuxième. C'est la ligne de conduite choisie par le Conseil Constitutionnel lors de l'examen des régimes de substitution mis en place par les lois opérant le déclassement massif de biens en vue de leur transfert dans la sphère privée. On peut d'ores et déjà souligner que le Conseil Constitutionnel a eu la même attitude s'agissant de l'examen des lois autorisant la constitution de droits réels sur le domaine public. Le Conseil Constitutionnel a veillé à chaque fois, non pas à empêcher le démembrement du droit de propriété publique, mais à ce que la destination de la dépendance domaniale soit, *in fine*, respectée. Il s'attache donc moins au propriétaire de la dépendance, qui sera dépossédé pendant une période, plus ou moins longue, de l'usage de son droit de propriété, qu'au respect de l'affectation de la dépendance. Cette destination, si elle n'est pas utilisée pour son affectation principale, devra à tout le moins obligatoirement faire l'objet d'une utilisation compatible avec cette dernière.

Pour revenir au mouvement qui a conduit à l'apparition de nouvelles protections, notons que la nouveauté réside dans le fait que, désormais, la protection qui doit être accordée aux différents biens transite par de nouveaux canaux comme la qualité du propriétaire quand un bien est simplement transféré à une personne encore soumise au droit public. Cela peut aussi passer par les différents pouvoirs du propriétaire comme celui de la possession de l'intégralité ou d'une partie du capital avec, par conséquent des pouvoirs de décision importants. Il peut être question encore de la qualité des biens, lorsque ces derniers conservent encore la qualité

d'ouvrages publics. Enfin, ces nouvelles protections peuvent s'exprimer au travers d'obligations que l'on peut imposer à ces nouvelles sociétés ou de sanctions. On peut en effet interdire certaines opérations ainsi que la constitution de sûretés ou de baux commerciaux.

Toutes ces orientations résultent, pour la plupart, des exigences constitutionnelles telles que le Conseil Constitutionnel, érigé en gardien des différents services publics, les a formulées. Ces dernières années, il a été amené à différentes reprises à se prononcer sur les lois procédant aux déclassements massifs de biens anciennement propriété des EPIC et transférés dans le patrimoine de personnes privées.

La jurisprudence constitutionnelle s'est prononcée sur les différentes interventions législatives qui ont débuté en 1996. Ils ont dû s'exprimer non seulement sur le bienfondé de la privatisation partielle ou totale des anciens établissements publics, mais également sur le bienfondé du déclasserment de nombreux biens auparavant inclus dans le patrimoine d'une personne publique ou dans le domaine public.

Le fait que ces biens aient continué à être d'utilité publique et à servir, pour la plupart d'entre eux, l'intérêt général, était pour le Conseil Constitutionnel une question cruciale.

A maintes reprises, il s'est prononcé en faveur de la transformation des EPIC en sociétés anonymes. Par exemple, dans sa décision de 1996⁷⁰⁰, le Conseil Constitutionnel énonce, dans son deuxième considérant, que la transformation de France Télécom en société anonyme ne lui enlève pas pour autant ses missions de service public. De plus, comme l'Etat, en 1996, restait majoritaire, cela était bien conforme à la Constitution. Il précise que si l'on souhaite réduire la part de l'Etat dans le capital, il conviendra de prendre une autre loi⁷⁰¹. C'est d'ailleurs ce qui se passera ultérieurement.

Les conditions posées par le juge constitutionnel à propos des obligations de France Télécom vont forcément avoir un impact sur les biens affectés. Il énonce, en effet, que même si les

⁷⁰⁰ CC, 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom, n°96-380 DC.

⁷⁰¹ Considérant 2 de la décision du 23 juillet 1996 : « (...) Qu'en maintenant à France Télécom sous la forme d'entreprise nationale, les missions de service public antérieurement dévolues à la personne morale de droit public France Télécom dans les conditions prévues par la loi susvisée de réglementation des télécommunications, le législateur a confirmé sa qualité de service public national ; qu'il a garanti, conformément au neuvième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, la participation majoritaire de l'Etat dans le capital de l'entreprise nationale ; que l'abandon de cette participation majoritaire de l'Etat ne pourrait résulter que d'une loi ultérieure ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des prescriptions constitutionnelles précitées ne saurait être accueilli. »

biens de France Télécom sont déclassés et insérés dans le patrimoine de la nouvelle société, cela ne décharge pas le législateur de certaines exigences constitutionnelles⁷⁰².

La jurisprudence constitutionnelle, en matière de droit public des biens, a contribué à la découverte ou à la redécouverte des bases constitutionnelles du domaine public⁷⁰³. Les premières décisions de cette nature ont été rendues à partir de 1994. A cette période, les lois⁷⁰⁴ accordant des droits réels aux occupants du domaine public ont vu le jour. Le juge constitutionnel, autorisant ces droits, a néanmoins rappelé au législateur les exigences qui pesaient sur lui, notamment à propos de la continuité des services publics. Sa jurisprudence s'est ensuite étendue pour aboutir à la célèbre formulation issue de sa décision de 2003⁷⁰⁵. L'objectif du conseil constitutionnel est clairement de « maintenir une sorte d'unité dans la définition de cet objectif pour les biens affectés à un service public, qu'ils continuent d'appartenir au domaine public ou qu'ils soient transférés à une personne privée. »⁷⁰⁶ En revanche, les moyens pour atteindre cet objectif sont laissés à l'appréciation du législateur, sous réserve de respecter l'objectif ainsi assigné. Le Conseil Constitutionnel a ainsi toléré différents moyens et techniques pour parvenir à cet objectif. Il a aussi accepté l'établissement d'un cahier des charges pour France Télécom ou la mise en place d'un pouvoir prépondérant de décision ou d'opposition de l'administration ou encore la présence d'administrateurs au

⁷⁰² Considérant 5 de la décision du 23 juillet 1996 : « (...) Considérant enfin qu'il ne résulte pas des dispositions prises par le législateur quant au statut juridique de France Télécom que celui-ci ait de quelque façon affranchi l'entreprise du respect des prescriptions à valeur constitutionnelle s'attachant à l'accomplissement des missions de service public qui lui incombent ; que d'ailleurs, l'article 8 de la loi du 2 juillet 1990 susvisée dispose qu'un cahier des charges approuvé par décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'exécution des services publics ainsi pris en charge en précisant notamment « les conditions dans lesquelles sont assurées la desserte de l'ensemble du territoire national, l'égalité de traitement des usagers, la neutralité et la confidentialité des services ; qu'au surplus, l'article 4 de la loi déférée insère dans la loi du 2 juillet 1990 susvisée un article 23-1 aux termes duquel « lorsqu'un élément d'infrastructures des réseaux de télécommunications est nécessaire à la bonne exécution par France Télécom des obligations de son cahier des charges, et notamment, la continuité du service public, l'Etat s'oppose à sa cession ou de son apport en subordonnant la réalisation de la cession ou de l'apport à la condition qu'ils ne portent préjudice à la bonne exécution desdites obligations... », qu'il appartiendra aux autorités juridictionnelles et administratives de veiller strictement au respect par l'entreprise France Télécom des principes constitutionnels régissant le service public, notamment dans la gestion des biens transférés. »

⁷⁰³ E. Fatôme, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 23 juin 2003, p 1192.

⁷⁰⁴ Loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, n°88-13, *JO* du 6 janvier 1988, p. 208 ; loi du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n°94-631, *JO* du 26 juillet 1994, p. 10749.

⁷⁰⁵ J-E. Schoettl, note sous CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, n°2003-473 DC, *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1391.

⁷⁰⁶ S. Nicinski, La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés. », *RFDA*, janvier-février 2008, p. 41.

sein du capital social. Cela peut également se traduire par un pouvoir de sanction comme c'est le cas pour des biens d'ADP.

Les exigences constitutionnelles jouent donc un rôle primordial mais elles ne paralysent pas pour autant l'action des personnes publiques. En effet, une fois les exigences constitutionnelles respectées, on peut alors envisager un déclassement des biens et l'appropriation privée de biens encore affectés.

Se pose alors la question d'une échelle de la domanialité publique et se trouve remis en cause l'intérêt de conserver au sein du domaine public des biens qui n'y ont plus réellement leur place.

En fin de compte, il semble alors possible d'envisager une domanialité publique sans propriété publique.

Il va toutefois falloir le démontrer en analysant les nouveaux régimes juridiques mis en place par le législateur ces dernières années. Dans ces régimes de substitution, ces biens sont encore soumis à un régime d'affectation car, très souvent, ils sont encore affectés à l'utilité publique. Il apparaît alors, comme le souligne Y. Gaudemet⁷⁰⁷, que « la collectivité publique régulatrice des propriétés publiques reste responsable, non plus des propriétés, mais de l'affectation et que donc ces propriétaires, notamment dans leur faculté d'aliéner, se trouvent limités par un contrôle de la personne publique de tutelle de l'Etat, qui veille à ce que l'affectation soit préservée, ne soit pas entravée par ces opérations de substitution. On substitue à l'inaliénabilité une aliénabilité sous conditions d'un contrôle public du respect de l'affectation ».

⁷⁰⁷ Y. Gaudemet, « Synthèse des travaux », colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques, *JCP N*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1906.

Ce modèle est ce vers quoi il faut tendre, à savoir une domanialité publique, ou des régimes équivalents, dépourvue de la condition relative à la propriété publique et uniquement guidée par la volonté de protéger l'affectation des biens.

Titre 2 : La mise en avant de la notion d'affectation et de son régime juridique : un impact sur la gestion des biens.

L'enjeu ultime de la démonstration est une meilleure adaptation du droit public des biens dans sa gestion quotidienne. En recentrant les règles juridiques autour de la notion d'affectation et moins sur la propriété publique, de nouvelles voies sont alors possibles pour la gestion des biens publics. Certaines techniques juridiques de financement sont aussi possibles (chapitre 1).

Cependant, comme toute recherche de rentabilité, la valorisation des biens permise par la mise en avant de l'affectation ne doit pas aboutir à une situation inverse : une remise en cause de l'utilité publique au profit de la gestion économique la plus rentable (chapitre 2).

Chapitre 1 : La valorisation des biens affectés à l'utilité publique : une voie ouverte grâce à de nouvelles techniques de financement.

Le recentrage du droit des biens, et notamment de la définition du domaine public, permet d'avoir une conception renouvelée de sa gestion. Récemment, des outils juridiques ont été créés dans le but de permettre aux personnes publiques de mettre en valeur leurs patrimoines et de pouvoir faire financer différents investissements réalisés sur le domaine public par des personnes privées. Cependant, les personnes publiques ne sont pas déliées de toutes les contraintes liées à l'affectation.

La protection de la notion d'affectation n'empêche pas de tirer profit des biens pourtant affectés à un service public ou à l'usage du public. Les notions d'affectation et de valorisation sont loin d'être antinomiques.

Nous nous attacherons à démontrer de quelle manière ces deux notions *a priori* contradictoires ont été conciliées. Si l'articulation entre l'affectation et le souci de valoriser le patrimoine public ne s'est pas fait sans heurts, des évolutions positives sont cependant à relever. Des transformations majeures ont permis à des personnes privées de s'installer sur le domaine public et de recourir à des techniques de droit privé pour pouvoir réaliser leurs investissements notamment. (Section I)

En revanche, le rapprochement n'est pas total dans la mesure où des verrous sont encore présents comme par exemple le critère de la propriété publique ou encore une domanialité publique encore trop présente. (Section II)

Section I- La conception actuelle de l'affectation et de sa protection : une limite à la valorisation du domaine public.

Pendant longtemps, le souci de la valorisation des propriétés publiques ne préoccupait ni les personnes publiques, ni les gestionnaires des différents domaines. Cette notion, relativement récente, a bousculé les conventions établies sur le domaine public et les propriétés des personnes publiques. Le fait que des personnes privées puissent s'installer sur le domaine public a longtemps posé problème à cause du régime juridique existant et des incompatibilités majeures entre la domanialité publique et les outils juridiques du droit privé. (§1)

La coexistence a cependant été peu à peu rendue possible grâce à différentes interventions législatives dont les plus notables datent de 2006. (§2)

§1- La problématique récurrente de la valorisation du patrimoine public et de l'accès des personnes privées au domaine public.

Prenant conscience de l'importance de leurs patrimoines publics dans les années quatre-vingt, les personnes publiques se sont rendues compte à quel point ces derniers pouvaient aussi être un atout. A l'image des personnes privées cherchant toujours à rentabiliser leurs patrimoines, les personnes publiques ont essayé de tirer profit de cette multitude de biens.

Cette valorisation, théoriquement alléchante (A), s'est révélée, en pratique, difficile à mettre en œuvre en raison du régime juridique et des contraintes présentes sur le domaine public. (B)

A-La valorisation économique du patrimoine des personnes publiques : une notion relativement récente.

L'idée de valorisation, en terme général, désigne le fait de mettre en avant les atouts et de tirer profit de ces derniers. Appliquée au droit des biens publics et au domaine public plus particulièrement, la valorisation est alors purement économique. Cette notion, qui fait aujourd'hui l'unanimité et qui est l'objet même d'interventions législatives voire de politiques publiques, semble être entrée dans le langage courant de la gestion domaniale.

Dès lors, les personnes publiques ont la possibilité, et même parfois l'obligation, de chercher à tirer profit de leurs patrimoines publics.

A bien des égards, la situation actuelle est donc paradoxale, car on semble revenir à cette conception ancienne du domaine public. Sous l'Ancien Régime, le domaine de la Couronne était la principale source de revenus de l'Etat. Les biens qui servaient l'intérêt général n'avaient pas de statut particulier et la royauté percevait des revenus non négligeables provenant par exemple des moulins ou des fours à pains. A la Révolution française, la conception du domaine public a émergé et on a commencé à voir les biens publics d'une autre manière en considérant que leur utilisation ne devait être que gratuite et évidemment insusceptible de propriété.

Cette vision semble aujourd'hui abandonnée. Dans les années quatre-vingt, les personnes publiques ont pris conscience de leurs richesses et de l'intérêt économique que pouvaient avoir leurs patrimoines. Or, cette valorisation, dictée par l'intérêt économique et le souci de rentabilité, n'est possible que si l'on consent à porter une attention minutieuse à la gestion de ce domaine.

Survient alors un paradoxe, notamment à propos du domaine public, à savoir celui d'un domaine affecté à l'utilité publique mais pouvant être perçu comme un domaine où des richesses pourraient être produites et où les personnes publiques pourraient en retirer des revenus.

Toute la contradiction réside apparemment dans la coexistence de la protection « rituelle » de l'affectation publique d'une part, et la poursuite d'un intérêt pécuniaire et mercantile propre aux personnes privées d'autre part.

Ces deux visions ne sont pourtant pas incompatibles et nous en avons désormais de multiples preuves. Ainsi, l'utilisation privative du domaine public est devenue courante la fin du 20^{ème} siècle. La tendance s'est donc inversée car en principe l'utilisation collective est l'utilisation normale du domaine public. Ce dernier accueille des biens qui sont destinés à satisfaire un besoin d'utilité publique. Par principe, cette utilisation collective est la vocation première du domaine public. Cette utilisation est d'ailleurs gouvernée par les principes de la liberté, de l'égalité et de la gratuité de l'utilisation des dépendances du domaine public. Cette utilisation collective correspond à l'idée que le domaine public est affecté à l'usage de tous et que toute personne, quelle que soit son identité, peut utiliser le rivage de la mer, la voie terrestre ou encore un jardin public. C'est la traduction pure et simple du principe fondamental de la liberté d'aller et venir⁷⁰⁸. Ce type d'utilisation est conforme à la destination du domaine public, d'où son exercice de manière libre, égale et gratuite. Cependant, ces dernières années, le principe de gratuité a été quelque peu remis en question. Cette utilisation collective du domaine public est de plus en plus concurrencée par l'utilisation privative du domaine public. Illustrant l'utilisation privative, des occupations du domaine public par des personnes privées peuvent être octroyées et ces dernières peuvent en retirer des bénéfices. Cet aspect financier est une conséquence possible de l'utilisation privative du domaine public. Longtemps considérée comme l'utilisation anormale du domaine public, l'utilisation privative est désormais perçue comme normale même si elle est réglementée. La valorisation du domaine public ne se fait donc pas à n'importe quel prix. Il est acquis que cette utilisation est normale, dès lors qu'elle est compatible avec l'affectation de la dépendance, car elle rapporte de l'argent aux collectivités territoriales tout en participant au développement économique de ces dernières et de l'ensemble de leurs territoires.

Le CGPPP, nous le verrons, tend justement à faire de ces utilisations privatives, des utilisations tout à fait normales. Il rappelle cependant que ces utilisations privatives doivent au minimum rester compatibles⁷⁰⁹ avec l'affectation et doivent au maximum leur être conforme⁷¹⁰. Etudions en premier lieu le cas des utilisations privatives du domaine public qui doivent se faire conformément à l'affectation des dépendances domaniales. Dans cette hypothèse, il n'y a pas lieu de réglementer outre mesure, à partir du moment où l'utilisation

⁷⁰⁸ CC, 13 juillet 1979, Ponts à péage, n°79-107 DC, p. 31, *AJ*, 1979, n°2, p. 46 : cette liberté est reconnue comme ayant valeur constitutionnelle.

⁷⁰⁹ L'article L. 2122-1 du CGPPP énonce : « 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 les limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous.

⁷¹⁰ L'article L. 2121-1 du CGPPP énonce : « Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation. »

par une personne privée réalise la destination même d'un bien, l'utilisation est forcément conforme à cette dernière. On peut citer par exemple l'utilisation d'une concession funéraire dans un cimetière. Celui-ci est une dépendance du domaine public, utilisée conformément à sa destination par les personnes privées. Cela ne dispense cependant pas les personnes privées de devoir solliciter une autorisation pour occuper le domaine public.

Analysons en deuxième lieu les utilisations privatives qui sont seulement compatibles avec l'affectation. Dans ce cas, la réglementation est plus stricte. Ces utilisations privatives vont concourir à la valorisation du domaine public et créer de la richesse. Les deux parties, à savoir les collectivités territoriales et les personnes privées y trouvent leur intérêt. D'une part, les personnes publiques profitent de la mise en valeur de leurs domaines par les personnes privées et reçoivent en retour des redevances pour l'occupation du domaine public. D'autre part, les personnes privées peuvent profiter du domaine public pour exercer diverses activités professionnelles. Parmi celles-ci, on peut citer l'exemple du restaurateur profitant d'une terrasse sur le domaine public ou d'une entreprise d'exploitation portuaire ou aéroportuaire.

La situation paraît *a priori* simple, mais en réalité, elle se révèle plus complexe. L'utilisation privative est soumise à autorisation, en contrepartie d'une redevance, et elle est précaire. Avant de délivrer une autorisation, l'administration vérifie que l'utilisation est bien conforme à l'affectation de la dépendance domaniale. L'administration doit toujours effectuer un compromis entre la nécessaire protection du domaine public et sa valorisation. Or, l'administration privilégie systématiquement la protection du domaine public au détriment des personnes privées qui investissent sur le domaine public. Cependant, aujourd'hui, la tendance est à l'inversion des priorités.

La surprotection des dépendances domaniales s'est révélée néfaste à la valorisation du domaine public. La balance penche le plus souvent en faveur des personnes publiques qui accordent peu de garanties aux investisseurs privés qui souhaitent s'installer sur le domaine public⁷¹¹. Or, pour de nombreux investisseurs, le caractère précaire de la situation dans laquelle ils se trouvent ne peut que les rebuter à investir. Cette précarité a ainsi fait fuir beaucoup d'investisseurs. Ces dernières années, on assiste pourtant à une importante augmentation des autorisations d'occupation du domaine public. Les raisons sont de plus en plus multiples.

⁷¹¹ Or, beaucoup d'investisseurs privés veulent s'installer sur le domaine public pour différentes raisons. A la fois parce qu'il s'agit d'endroit stratégique tels la terrasse d'un café bien situé ou encore un kiosque à journaux, ou encore parce qu'il s'agit d'endroits uniques, rares comme les lignes téléphoniques ou encore le réseau gazier ou le problème des licences pour la téléphonie mobile. Ces dernières sont qualifiées d'infrastructures essentielles dans la mesure où aucune possibilité de reconstruire à l'identique une infrastructure du même type n'est envisageable.

Tout d'abord, le législateur est intervenu à plusieurs reprises afin de permettre aux collectivités territoriales et à l'Etat d'accorder des titres d'occupation du domaine public plus avantageux et sécurisants pour l'investisseur privé. En 2006, le CGPPP a même renforcé cette tendance et confirmé la possibilité d'accorder plus de droits et de garanties aux occupants.

Puis, cette évolution s'explique par la nécessité pour l'Etat et pour les collectivités territoriales de trouver des sources de financement. Par conséquent, la perspective de percevoir des redevances pour l'occupation de leurs domaines respectifs est loin d'être négligeable. Le domaine public intéresse de plus en plus les investisseurs car les titres que les personnes publiques peuvent leur proposer sont de plus en plus attractifs.

En contrepartie, les personnes publiques vont récolter des redevances, aujourd'hui devenues obligatoires. On mesure ainsi le chemin parcouru depuis les années soixante-dix où l'occupation du domaine public, même à titre privé, était gratuite dans la mesure où la doctrine considérait que les personnes publiques n'étaient pas propriétaires de leurs biens. Puis, des lois ponctuelles comme celle du 20 décembre 1872⁷¹² sont venues apporter des dérogations à ces principes. De plus, intervint la loi du 21 juillet 1881 qui étend ce principe de la redevance pour occupation du domaine public aux domaines publics fluvial et terrestre.

Ces lois ont préfiguré de ce qui existe aujourd'hui, à savoir des redevances pour occupation du domaine public perçues dans n'importe quel cas et quel que soit le domaine public concerné. Le versement de la redevance est devenu le principe, confirmé lors de l'entrée en vigueur du CGPPP, les exceptions doivent être expressément prévues par la loi. C'est l'article L. 2125-1 du CGPPP⁷¹³ qui traite de la question financière. Le caractère onéreux de l'occupation l'emporte donc sur la gratuité et si gratuité il y a, elle demeure l'exception. Le Code va dans le sens de la jurisprudence qui lui est antérieure et qui avait presque établi d'elle-même un principe de non-gratuité des occupations privatives du domaine public⁷¹⁴. Certes, la jurisprudence et, désormais, l'article précité du CGPPP consacrent des exceptions à

⁷¹² Loi qui instaura des redevances pour occupation du domaine public maritime.

⁷¹³ L'article L. 2125-1 du CGPPP énonce : « 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.

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.

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. »

⁷¹⁴ CAA de Marseille, 6 décembre 2004, Commune de Nice, *AJDA* 2005, p. 832, note de S. Deliancourt. La CAA affirme un principe de non-gratuité des occupations privatives auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger que pour un motif d'intérêt général.

ce principe de non-gratuité. Il est possible de rendre l'utilisation gratuite si « 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 » ou encore « lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même. »⁷¹⁵. Enfin, l'occupation peut être gratuite dans l'hypothèse où « les communes ou leurs groupements qui gèrent eux-mêmes leur service d'eau potable ou d'assainissement sont exonérés de toute redevance qui serait due en raison de l'occupation du domaine public de l'Etat par leurs canalisations ou leurs réservoirs. »⁷¹⁶.

Ces exceptions restent marginales et le montant de ces redevances est loin d'être négligeable. Les personnes publiques n'hésitent d'ailleurs plus aujourd'hui à revoir à la hausse certaines redevances pour occupation du domaine public, en sachant que ce montant n'est pas pour autant prohibé.

En fin de compte, cette idée de valorisation économique du domaine public, récente, n'est effective que depuis quelques années. En effet, initialement les personnes publiques n'ont pas cherché à tirer parti du potentiel que représentaient leurs patrimoines. En outre, les personnes privées, craignant le sévère régime juridique de la domanialité publique, ne cherchaient pas à s'implanter sur le domaine public. De plus, les personnes privées installées sur le domaine public ne pouvaient se voir octroyer des droits réels, le principe de l'inaliénabilité interdisant une telle pratique.

B-La question centrale des droits réels sur le domaine public.

A la différence des utilisations collectives du domaine public, les utilisations privatives sont effectuées par des personnes privées, individuellement, et qui sont choisies et désignées par l'administration. Ce titre conféré par l'administration donne le droit à ces personnes privées d'occuper de manière privative une partie du domaine public.

Si nous avons constaté que ces utilisations privatives étaient de plus en plus fréquentes et qu'elles concouraient à une meilleure exploitation du domaine public, elles demeurent

⁷¹⁵ Cf. *supra* note n°713.

⁷¹⁶ L'article L. 2125-2 du CGPPP énonce : « Le régime des redevances susceptibles d'être perçues par l'Etat en raison de l'occupation de son domaine public par les canalisations ou ouvrages des services d'eau potable et d'assainissement exploités par les collectivités territoriales et leurs groupements est fixé par décret. »

néanmoins encadrées par la jurisprudence et le législateur. Longtemps considérées comme des utilisations anormales du domaine public, les utilisations privatives sont toujours confrontées aux règles qui les régissent et qui viennent ainsi heurter le régime juridique de la domanialité publique.

Le régime juridique de la domanialité publique et, plus précisément, la règle de l'inaliénabilité du domaine public entrent en contradiction avec le principe même de dévolution d'autorisations et de droits, dits droits réels, aux occupants privés du domaine public. Le fait de permettre à des personnes privées de venir grever le domaine public est inconcevable puisque cela revient à aliéner partiellement le domaine public. On rappellera que le droit réel est un droit qui porte sur une chose⁷¹⁷. Le mot « réel » est un adjectif et vient du latin *res* qui signifie une chose. Le mot « réel » signifie : « qui a pour objet une chose (corporelle) ou un droit sur une chose »⁷¹⁸.

Par conséquent, le fait de permettre que le domaine public puisse être grevé de droits réels complets, à l'image du droit de propriété, ou incomplets comme par exemple l'usufruit⁷¹⁹, l'emphytéose⁷²⁰ ou encore les servitudes⁷²¹ paraît impossible. En effet, sur le domaine public tout démembrement du droit de propriété des personnes publiques est impossible. Cela équivaudrait à une aliénation partielle du domaine public contraire au principe d'inaliénabilité du domaine public. On comprend que le Conseil d'Etat, au milieu des années quatre-vingt, ait refusé de tels droits sur des dépendances du domaine public⁷²².

L'octroi de droits réels a longtemps été interdit. La domanialité publique et plus spécifiquement l'inaliénabilité du domaine public y faisaient obstacle.

⁷¹⁷ Le droit réel se définit ainsi : « Droit qui porte directement sur une chose et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose. Ex. la propriété est le droit réel le plus complet. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée droit réel.

⁷¹⁸ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée réel.

⁷¹⁹ L'usufruit se définit ainsi : « Droit réel par essence temporaire, dans la majorité des cas viager, qui confère à son titulaire l'usage et la jouissance de toutes sortes de biens appartenant à autrui, mais à charge d'en conserver la substance (C. Civ., article 578) ; présenté comme un démembrement du droit de propriété, en tant qu'il regroupe deux attributs démembrés du droit de propriété. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée usufruit.

⁷²⁰ L'emphytéose se définit ainsi : « Droit réel sur un immeuble corporel (ordinairement mais non nécessairement rural) né d'un bail emphytéotique et caractérisé par sa longue durée (de 18 à 99 ans), la modicité de la redevance (appelé canon emphytéotique), le droit de céder et d'hypothéquer. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée emphytéose.

⁷²¹ La servitude se définit ainsi : « Charge établie sur un immeuble pour l'usage et l'utilité d'un autre immeuble appartenant à un autre propriétaire. Démembrement de la propriété de l'immeuble qu'elle grève (appelé fonds servant), elle est un droit accessoire de la propriété du fonds auquel elle profite (fonds dominant). » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée servitude.

⁷²² CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier de France, Rec. Conseil d'Etat, p. 141 ; *AJDA*, 1985, p. 620 : Le Conseil d'Etat décide que les clauses contractuelles conférant un droit réel sur le domaine public sont nulles.

Cependant, cette situation est devenue compliquée. Il était difficile d'assurer la valorisation du domaine public en maintenant les contraintes de la domanialité publique. Il est en effet inconcevable d'attirer de gros investisseurs, comme des sociétés industrielles ou commerciales, si aucun droit ne leur est accordé en contrepartie. Le problème de l'octroi de droits réels s'ajoute à celui de l'impossibilité d'obtenir un titre permettant d'utiliser privativement le domaine public. Les personnes privées vont, non seulement, devoir obtenir l'autorisation d'occuper le domaine public mais en plus, elles ne seront pas assurées *qu'in fine*, les personnes publiques leur octroieront de surcroît des garanties.

Pour contourner ces contraintes liées à l'inaliénabilité qui est un principe dépourvu de valeur constitutionnelle, le législateur est intervenu à plusieurs reprises.

Le premier obstacle à franchir pour toute personne privée souhaitant s'installer sur le domaine public consiste à obtenir un titre juridique l'y autorisant. Ces utilisations privées sont soumises à autorisation pour la simple raison qu'elles ne sont, pour la plupart, pas conformes à l'affectation de la dépendance domaniale. La jurisprudence, que le CGPPP a confirmée dans des termes identiques, a toujours soumis l'occupation du domaine public à la condition que le requérant obtienne une autorisation expresse⁷²³.

Une fois cette étape franchie, l'autorisation accordée aux occupants a un caractère précaire. Elle est révocable à tout moment. Elle a également un caractère strictement personnel et elle est incessible. Cela implique qu'il est impossible de faire valoir un droit au renouvellement de son autorisation⁷²⁴. Toutes ces conditions concernant le titre d'occupation du domaine public par les personnes privées sont réitérées par le CGPPP⁷²⁵.

Pour préciser davantage ces conditions tenant à l'autorisation, on peut revenir tout d'abord sur le caractère personnel de l'autorisation. Cette dernière est obligatoire pour toutes les utilisations qui ne seraient pas conformes à l'affectation du domaine public mais seulement compatibles avec celle-ci. Le CGPPP reprend une jurisprudence constante en la matière⁷²⁶ qui a pour conséquence d'interdire aux personnes privées bénéficiaires d'une autorisation de la

⁷²³ L'article L. 2122-1 du CGPPP énonce : « 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. »

⁷²⁴ CE, 14 octobre 1991, Hélie, Rec. Conseil d'Etat, p. 927 ; *RDP*, 1992, p. 1179.

⁷²⁵ L'article L. 2122-2 du CGPPP énonce : « L'occupation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire. »

L'article L. 2122-3 du CGPPP énonce : « L'autorisation mentionnée à l'article L. 2122-1 présente un caractère précaire et révocable. ». Cet article reprend une jurisprudence constante concernant les autorisations d'occupation du domaine public seulement compatible avec l'affectation : CE, 4 février 1983, Ville de Charleville-Mézières, Rec. Conseil d'Etat, p. 45 ; L'article R. 2122-1 de la partie réglementaire du CGPPP réaffirme le caractère précaire et révocable de l'autorisation. Il précise que l'autorisation peut être consentie par la voie unilatérale ou par une convention.

⁷²⁶ CE, 10 mai 1989, Munoz, Rec. Conseil d'Etat, p. 675 ; *RDP*, 1989, p. 1805.

céder à une autre personne privée. Ces caractères valent tant pour les autorisations unilatérales que pour celles qui sont de nature contractuelle. Bien sûr, une loi pourrait permettre de déroger à ces principes.

Ces autorisations sont des actes non créateurs de droits. Ils peuvent par conséquent, être retirés à tout moment par la personne publique pour un motif général. Ce caractère précaire a fait fuir les investisseurs privés qui ne peuvent obtenir des droits similaires à ceux d'un propriétaire sur les installations qu'il aurait construites. Or, cette précarité est justifiée par l'affectation à l'utilité publique de la dépendance qui doit être protégée. Il ne peut y avoir de caractère définitif dans le fait de délivrer une autorisation d'occupation du domaine public. Dans l'hypothèse inverse, il serait procédé à une aliénation partielle du domaine public qui serait contraire au principe de l'inaliénabilité du domaine public mais également au principe d'imprescriptibilité car il ne faut pas que les occupants puissent revendiquer un quelconque droit par prescription de leur titre juridique d'occupation.

D'où le caractère temporaire de cette utilisation qui implique que la durée d'utilisation doit figurer dans le titre d'occupation. Cette durée peut certes être longue. C'est le cas pour les baux emphytéotiques administratifs dont la durée peut atteindre quatre-vingt-dix-neuf ans. C'est aussi le cas pour les autorisations constitutives de droits réels pouvant atteindre soixante-dix ans. En toute hypothèse, cette durée doit être mentionnée.

Cependant, il convient d'apporter une nuance non négligeable dégagée par une récente jurisprudence du Conseil d'Etat⁷²⁷. Le Conseil d'Etat rappelle le principe de l'article L. 2122-2 du CGPPP mais s'empresse de préciser que « la seule circonstance qu'une convention ne conférant pas de droits réels à l'occupant du domaine public ne contenait aucune précision relative à sa durée n'est pas de nature à entacher celle-ci de nullité. ». L'oubli de mentionner la durée dans le titre d'occupation n'est donc pas source de nullité, ce qui n'empêche pas de comprendre que le titre privatif reste précaire et révocable à tout moment pour un motif d'intérêt général. *A contrario*, on peut aussi penser que le Conseil d'Etat refusera de prononcer la nullité dans la seule hypothèse où le titre ne confère pas de droits réels. A partir du moment où l'autorisation confère des droits réels à l'occupant, il n'est pas envisageable, sous peine de nullité, de ne pas indiquer la durée du titre d'occupation. Sinon, il s'agirait d'une aliénation déguisée du domaine public.

⁷²⁷ CE, 5 février 2009, Association société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nancy et des Alpes Maritimes, *AJDA* 2009, p. 231, obs. M-C de Montecler. L'article R. 2122-6 du CGPPP énonce que le « titre fixe la durée de l'autorisation et les conditions juridiques et financières de l'occupation ou de l'utilisation du domaine public ». L'article semble entrer en contradiction avec la jurisprudence précitée mais le juge administratif interprétera sans doute cet article en conciliant cette jurisprudence.

En analysant le régime juridique de l'utilisation privative, on comprend mieux à quel point l'occupant privatif est dans une situation inconfortable. Autrement dit, pendant très longtemps, aucun droit d'aucune nature n'était accordé aux personnes privées. Or, on peut analyser les conséquences pratiques de cette situation. Si l'on reprend la jurisprudence de 1985⁷²⁸, le Conseil d'Etat ferme la porte à beaucoup d'investissements susceptibles d'être réalisés sur le domaine public. En effet, il s'agissait en l'espèce d'un syndicat de communes louant l'un de ses terrains nus à une association pour y construire une maison de retraite. A cet effet, les parties vont conclure un bail emphytéotique⁷²⁹ afin de conférer à son titulaire un droit réel. L'association avait besoin d'emprunter pour financer la maison de retraite. La banque a demandé des garanties comme, par exemple, la constitution d'une hypothèque sur la future maison de retraite. Or, cette opération n'a pas été possible, car le Conseil d'Etat a jugé la constitution d'une hypothèque incompatible avec les principes de la domanialité publique car il s'agit d'un droit réel. Il interdit ce montage juridique alors même que la maison de retraite n'est pas encore construite. Mais la sentence est sans appel : il est impossible de constituer des droits réels sur les biens du domaine public.

Cette jurisprudence fondamentale du Conseil d'Etat marque un coup d'arrêt aux investissements sur le domaine public et à la valorisation. A partir du moment où il est impossible de constituer des droits réels et donc d'apporter des garanties valables aux banques, les investisseurs se trouvent dans l'incapacité de mener à bien leurs projets. Si les banques refusent de financer une modeste maison de retraite en raison des contraintes liées au statut public du terrain, on imagine ce qu'il en sera des gigantesques aménagements portuaires ou aéroportuaires nécessitant la mobilisation de fonds colossaux que seuls les établissements financiers sont à même de fournir.

Les personnes publiques ont progressivement pris conscience du potentiel économique de leur patrimoine public et cette interdiction pure et simple n'était donc plus tenable. De plus, cette interdiction, fondée sur l'affectation des dépendances publiques à une utilité publique, ne

⁷²⁸ Cf. *supra* note n°722.

⁷²⁹ Le bail emphytéotique est le : « Bail par lequel un propriétaire concède un immeuble pour une durée de 18 à 99 ans, moyennant une redevance annuelle modique appelée canon emphytéotique et sous l'obligation de planter ou d'améliorer l'immeuble loué à un preneur nommé emphytéote qui acquiert le droit réel d'emphytéose. », G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée bail emphytéotique.

Quant au droit réel d'emphytéose, il se définit ainsi : « droit réel sur un immeuble corporel né d'un bail emphytéotique et caractérisé par sa longue durée (18 à 99 ans), la modicité de la redevance, le droit de céder et d'hypothéquer. » G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée droit réel d'emphytéose.

semble plus vraiment justifiée. Nous avons vu qu'à côté des règles de la domanialité publique émergent d'autres moyens de protection de l'affectation. Ce n'est pas parce que le domaine public est grevé de droits réels que l'affectation de la dépendance est nécessairement bafouée. Enfin, il est à noter que les personnes publiques ont progressivement élaboré des instruments, complexes et dangereux, permettant de contourner cette interdiction. Elles ont tenté de diviser les volumes de futures installations. L'assiette, à savoir le terrain, reste évidemment dans le domaine public puisque c'est là que se trouve son affectation principale, mais en revanche, ce qu'il y a au-dessus est déclassé pour intégrer le domaine privé. Ainsi, ce volume situé sur l'assiette échappe aux règles de la domanialité publique et à l'interdiction de constituer des droits réels. D'autres affectations, compatibles avec l'affectation principale pourront venir se superposer.

Néanmoins, ces constructions compliquées ne rencontrent pas toujours un vif succès, même s'il faudra le souligner, le CGPPP intègre cette éventualité.

Au regard de cette situation, une intervention du législateur était plus que souhaitable. Elle était indispensable pour pouvoir passer outre cette interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public. A plusieurs reprises, il va donc intervenir et tenter de trouver les solutions appropriées.

§2- Des lacunes encore visibles en matière de garanties offertes aux investisseurs privés.

A la fin des années quatre-vingt, le législateur a décidé d'intervenir pour contourner cette interdiction générale de constituer des droits réels sur des biens du domaine public. Cette volonté législative va faire cependant l'objet d'une mise en pratique rigoureusement encadrée, tant en ce qui concerne le domaine public des collectivités territoriales que celui de l'Etat. (A)

Les premières réformes ont été suffisamment abordées. Le législateur a entrepris, cependant, une nouvelle réforme en 2006. Celle-ci a mené à l'adoption du code et a apporté des changements relatifs aux droits réels. Là encore, les différents changements et apports dans ce domaine devront être nuancés. (B)

A-L'insuffisance des différentes interventions législatives.

A la fin des années quatre-vingt, le législateur a dressé un constat : sans intervention de sa part, aucune valorisation du domaine public des collectivités territoriales mais également de l'Etat n'aurait été possible. Les lois successives concernant d'abord les collectivités territoriales avant d'intéresser le domaine public de l'Etat ont, à l'époque, suscité des réactions tant de la part de la doctrine que du Conseil Constitutionnel.

Dans un souci de clarté, il sera fait état de la réforme de 1988 concernant le domaine public des collectivités territoriales, puis de celle de 1994 concernant le domaine public de l'Etat et plus spécialement la délivrance d'autorisation constitutive de droits réels.

Il est d'ores et déjà possible de dire que ces réformes ne sont pas parfaites pour la simple raison qu'il existe une différence de traitement notable entre les collectivités territoriales et l'Etat, témoignant du poids de ce dernier. De plus, ces réformes ne satisfont pas, sur tous les points, les personnes privées voulant investir sur le domaine public. Des barrières, tenant à la conception même du domaine public et à son régime juridique, sont largement présentes.

Il convient donc de mesurer les avancées et les lacunes de ces différentes réformes.

La première loi intervient en 1988⁷³⁰. Loin de renier les principes de la domanialité publique, celle-ci réaffirme le principe de l'inaliénabilité du domaine public pour y apporter, ensuite, des dérogations. Cette loi concerne les collectivités territoriales mais aussi leurs établissements publics.

Cette loi va permettre aux personnes publiques mentionnées de pouvoir conclure des baux emphytéotiques tant sur leurs domaines publics que sur leurs domaines privés. Ces baux, d'une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans, vont donner un droit réel au preneur de ce contrat. L'intention du législateur est clairement de contourner la jurisprudence *Eurolat*⁷³¹.

Cependant, cette exception au principe d'interdiction de constituer des droits réels sur leurs domaines par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, est strictement

⁷³⁰ Loi du 5 janvier 1988, loi d'amélioration de la décentralisation, n°88-13, *JO* du 06 janvier 1988 (c'est notamment l'article 13 de cette loi qui intéresse les dérogations au principe d'interdiction de constitution des droits réels).

⁷³¹ Cf. *supra* note n°722.

encadrée. La conclusion de ce nouveau type de contrat est strictement conditionnée. Tout d'abord, le preneur de ce bail est nécessairement une personne privée. De plus, l'assiette du bail est très précise. Il faut évidemment qu'il s'agisse d'un immeuble, mais ce dernier doit être une dépendance située hors du champ de la contravention de voirie. Toutes les voies publiques⁷³² et leurs dépendances comme, par exemple, les trottoirs sont donc exclues du champ d'application du bail emphytéotique.

Enfin, la dernière limite concerne le domaine dans lequel le bail emphytéotique peut être conclu et l'objectif qu'il peut poursuivre. Ce dernier ne peut être conclu qu'en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public réalisée par le cocontractant ou de la réalisation d'une opération d'intérêt général. Ce but assez précis enferme cependant le bail dans un objectif bien particulier et ôte beaucoup d'éventualité. En effet, les collectivités territoriales ont un domaine de compétence limitée, les établissements publics sont soumis, quant à eux, au principe de spécialité.

En 1994, le Conseil d'Etat a d'ailleurs eu à se prononcer sur la légalité d'un bail et de son champ d'application⁷³³. L'interprétation de la loi de 1988 est restée circonscrite par cette jurisprudence, ce qui a tendance à limiter le recours à ce type de contrat.

Il faut également souligner que, dans l'hypothèse où un bail serait signé, ce dernier est soumis à un régime juridique assez strict. En outre, la cession du bail n'est pas libre. Elle doit recevoir l'accord de la collectivité. Par conséquent, la succession de ces baux est souvent difficile. L'intérêt de la réforme est de conférer au preneur du bail la possibilité de constituer des hypothèques sur les ouvrages dont il est le « propriétaire ». La loi est venue encadrer cette nouveauté en exigeant que les hypothèques soient approuvées par la collectivité territoriale. Les emprunts contractés auprès d'un organisme de crédit doivent uniquement servir à financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur la dépendance louée.

Ce contrat est donc encadré. Il offre aux collectivités territoriales des marges de manœuvre réduites. Enfin, il semble que ce contrat d'un genre un peu particulier soit administratif et qu'il puisse ainsi y être mis fin à tout moment. Telle n'est pas la position adoptée par certains

⁷³² CE, 18 octobre 1995, Commune de Brive-la-Gaillarde, Rec. Conseil d'Etat, p. 356 ; *Quot. jur.* 8 février 1996, note D. Moreno.

⁷³³ CE, 25 février 1994, SA SOFAP-Marignan, Rec. Conseil d'Etat, p. 94, conclusions J. Arrighi de Casanova, *RFDA*, 1994, p. 510. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat procède à une interprétation assez large du terme « opération d'intérêt général » car il a admis le recours au crédit-bail par la ville de Lille pour la réalisation de l'extension de son hôtel de ville, lui revenant après sa réalisation et mis à sa disposition.

auteurs⁷³⁴, mais il semble pourtant, qu'au nom des principes de précarité et de l'inaliénabilité du domaine public, la personne publique puisse mettre fin au bail à tout moment pour un motif d'intérêt général. Le Conseil Constitutionnel semble rejoindre cette position. En effet, dans sa décision du 21 juillet 1994⁷³⁵, il énonce que le principe de continuité des services publics milite en faveur de la possibilité de résilier une occupation et donc un contrat, si l'affectation le commande.

La réforme relative aux droits réels offerte aux collectivités territoriales laisse des questions en suspend et notamment vis-à-vis des investisseurs qui hésitent encore à s'installer sur le domaine public.

L'autre intervention législative concerne l'Etat. La loi du 25 juillet 1994⁷³⁶ a instauré des dérogations. Cette loi constitue une vaine tentative de remplacer le Code du domaine de l'Etat⁷³⁷ par un Code des propriétés publiques. A l'époque, on évoquait une possible réforme d'ensemble du droit des biens publics destinée à répondre à cette problématique des droits réels sur le domaine public. La question de l'octroi des droits réels se concentrait notamment sur les ports maritimes à l'époque où les investisseurs voulaient non seulement obtenir des droits réels sur leurs futures installations mais aussi des garanties à offrir aux banques telles que des hypothèques.

La réforme d'ampleur ne vit pas le jour. La loi de 1994 apporta seulement quelques modifications. Cette loi va offrir à l'Etat et à ses établissements publics la possibilité de consentir des droits réels. Si le législateur s'est montré plus conciliant avec l'Etat qu'avec les collectivités territoriales, il n'en demeure pas moins que ces autorisations vont être encadrées. Tout d'abord, les droits réels sont interdits sur le domaine public naturel. On essaie, en effet, de protéger au maximum les dépendances du domaine public naturel tel que les rivages maritimes et fluviaux.

Ce qui change fondamentalement, c'est l'inversion du principe à propos des collectivités territoriales. En effet, le principe est que toute autorisation d'occupation privative du domaine public peut faire naître un droit réel sur les constructions et installations immobilières que l'occupant aura réalisées pour les besoins de son activité. La tendance s'inverse en ce qui

⁷³⁴ E. Fatôme, P. Terneyre, « Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », *CJEG*, 1994, n°504, p. 569.

⁷³⁵ CC, 21 juillet 1994, *AJ*, 1994, p. 786.

⁷³⁶ Loi du 25 juillet 1994, complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n° 94-631, *JO* du 26 juillet 1994, p. 10749 : complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

⁷³⁷ Code datant de 1957.

concerne l'Etat, car leurs titres sont par principe, porteurs de droit réel. Si l'Etat ne souhaite pas accorder de droits réels à l'occupant, libre à lui de le faire, étant entendu que ce dernier doit indiquer clairement, dans l'autorisation, qu'il ne souhaite pas lui en accorder.

De plus, s'agissant du domaine d'intervention de ces autorisations, aucune limite ne lui est imposée. On en déduit que le champ d'application de ces autorisations est vaste et qu'il peut même concerner des activités d'intérêt privé sous réserve de sa compatibilité avec l'affectation de la dépendance domaniale.

L'attrait de ces autorisations que peut délivrer l'Etat tient au fait, que pendant toute la durée de l'autorisation, qui peut aller jusqu'à soixante-dix ans maximum, l'autorisation confère à son titulaire les prérogatives et obligations du propriétaire. Cela permet au titulaire de financer ses investissements.

Des dispositions particulières régissent l'affectation. Comme toute autorisation, elle peut être retirée à tout moment si l'occupant n'exécute pas ses obligations ou si un motif d'intérêt général le commande. Il sera tout de même obligatoire pour l'Etat de dédommager son occupant s'il lui retire son autorisation avant le terme prévu.

Enfin, en ce qui concerne l'autorisation de céder son autorisation à une autre personne, il s'agit là du même cas de figure que pour les collectivités territoriales : il devra y avoir l'accord préalable de l'Etat.

La nouveauté réside dans le fait que l'Etat pourra demander à son occupant, lors de son départ, de remettre le terrain en l'état. Cela implique que l'on peut ordonner la démolition des installations et ouvrages réalisés par l'occupant. Ces ouvrages peuvent également être conservés par l'Etat. Dans cette hypothèse, ils iront directement et gratuitement dans son patrimoine.

La réforme de 1994 va donc plus loin que celle de 1988 relative aux collectivités territoriales et notamment en ce qui concerne le droit réel conféré à l'occupant. La nature du droit réel conféré à l'occupant sur le domaine public de l'Etat offre, pendant la durée de l'autorisation, les prérogatives et obligations du propriétaire. Toutefois, le législateur n'accorde pas à l'occupant un véritable droit de propriété au sens de l'article 544 du Code civil. Certes, le droit de propriété est un droit réel, le premier d'entre eux, mais le législateur a simplement accordé d'autres droits réels qui se rapportent à des démembrements du droit de propriété, à savoir l'usufruit ou les servitudes. La loi accorde seulement à l'occupant les prérogatives ou obligations du propriétaire, ce qui engendre un certain nombre de restrictions. Tout d'abord, ce droit réel n'est pas perpétuel. A la différence du droit de propriété, l'occupant ne peut user éternellement de ce droit puisque le domaine public est inaliénable. De plus, si ce droit réel

peut être cédé à un tiers, comme pourrait l'être le droit de propriété, cette cession est subordonnée à l'agrément du successeur. Enfin, ce droit réel est circonscrit : il ne concerne que la réalisation des ouvrages que l'occupant devra construire. Le droit de l'occupant est un droit de propriété sur toutes ses constructions, sauf s'il s'agit de biens de retour. Cependant, la propriété de ces biens n'emporte pas celle de la parcelle occupée du domaine public car ce dernier est inaliénable. L'occupant détient seulement un droit de superficie distinct du droit de propriété sur le fonds occupé. A la fin du titre l'autorisant à occuper le domaine public, la personne devra, en principe démolir ses ouvrages ou les laisser à condition que la personne publique accorde son autorisation.

Pour toutes ces raisons et ces limites, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision relative à la loi de 1994⁷³⁸, estime que les dispositions législatives sont conformes à la Constitution et qu'il n'est pas dérogé au principe de l'inaliénabilité du domaine public, principe implicitement reconnu, à valeur législative uniquement.

D'ailleurs, en ce qui concerne ces droits réels, il s'agit plus de démembrement autorisé du droit de propriété publique⁷³⁹.

Les droits réels ainsi conférés sont d'une nature différente de ceux du Code Civil, ce qui prouve encore la marque et la puissance du droit administratif commandé par des impératifs supérieurs tels que l'intérêt général. C'est sans doute pour cette raison que M. Hauriou⁷⁴⁰ parlait de droits réels administratifs et que l'on qualifie le bail emphytéotique d'administratif. A chaque fois, ces droits réels sont encadrés pour répondre aux impératifs de l'affectation. Pourtant, ces nouveaux droits ont attiré des investisseurs notamment sur le domaine public de l'Etat.

Avant de détailler la suite, les réformes de 1988 et 1994 n'ont pas évité les critiques à la fois des investisseurs et de la doctrine. Le législateur intervient ponctuellement entre ces deux

⁷³⁸ CC, 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n° 94-346 DC, *RFDC*, n°20, 1994, p. 814, note P. Bon. On peut lire en effet, au considérant n° 14 : « considérant que les règles et garanties ainsi énoncées sont de nature à assurer le fonctionnement des services publics et de la protection de la propriété publique en conformité avec les dispositions et principes à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; que si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article 1^{er} de la loi le principe selon eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public ». Voir également CAA de Marseille, 27 février 2007, n° 04MA000652, Société Escota.

⁷³⁹ Voir pour cette formule notamment, G. Delaloy, « Faut-il supprimer les principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP*, n°3, 2006, p. 585.

⁷⁴⁰ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} édition, 1933.

grandes lois et l'adoption du CGPPP. Une loi récente⁷⁴¹ accorde même sur un domaine particulier, des droits réels. Il s'agit du domaine public universitaire. Cette loi reconnaît la possibilité aux établissements d'enseignement supérieur de consentir des droits réels sur leurs dépendances domaniales. Le problème vient du fait que la grande majorité de ces établissements ne sont pas propriétaires de leurs patrimoines. La loi LRU⁷⁴² offre la possibilité à ces établissements de devenir propriétaires de leurs dépendances. A ce jour, seules neuf universités ont fait ce choix. Par conséquent, on constate donc que le législateur n'a pas oublié les universités et leur a offert la possibilité de valoriser leur patrimoine. Pour cela, il fallait donner des outils aux établissements et il fallait pallier l'absence de transfert des biens dans le patrimoine des universités⁷⁴³. Le législateur va alors permettre⁷⁴⁴ à ces établissements de conclure des contrats conférant des droits réels à un tiers sur les biens qui leur sont affectés ou qui sont mis à leur disposition par l'Etat et dont ils ne sont pas propriétaires. Ils vont alors pouvoir délivrer des AOT locales sur leurs biens ou encore des contrats de partenariat qui, nous le verrons, offrent la possibilité de recourir au crédit-bail. Le législateur prouve encore une fois que le propriétaire et l'affectataire peuvent être séparés. Il n'en oublie pas pour autant la préservation de l'affectation. En effet, les contrats attribuant des droits réels devront inclure des clauses qui garantissent la continuité du service public pour les biens affectés à ces services.

Afin de résumer clairement les éléments concernant les droits réels, on peut d'ores et déjà souligner que la loi 1988 et les lois suivantes qui nous étudierons concernant les PPP ou les BEA confèrent un droit de superficie à l'occupant du domaine. Ce droit de superficie est assimilable à un droit de propriété dans la mesure où il confère des prérogatives comparables à ce droit. Cependant, il ne faut pas occulter la diversité des types de droits accordés par les différents titres. Ils varient selon qu'il porte sur un élément du domaine public de l'Etat ou sur celui des collectivités territoriales, la différence profitant généralement à l'Etat.

Un aperçu rapide des trois types de droits, à savoir les AOTDR, les BEA ou les PPP, permet de comprendre la différence entre l'Etat et les collectivités territoriales. S'agissant des AOTDR de l'Etat, elles confèrent automatiquement à l'occupant un droit réel pour l'exercice

⁷⁴¹ Loi du 13 décembre 2010, relative aux activités immobilières des établissements d'enseignement supérieur, aux structures interuniversitaires de coopération et aux conditions de recrutement et d'emploi du personnel enseignant et universitaire, *JO* du 14 décembre 2010, p. 21089 ; C. Manson, « La reconnaissance de droits réels sur le domaine public universitaire », *JCP A*, février 2011, p. 29.

⁷⁴² Loi du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités (LRU), n°2007-1199, *JO* 11 août 2007, p. 13468.

⁷⁴³ Pour toutes les universités qui n'avaient pas encore fait le choix de l'autonomie.

⁷⁴⁴ L'article 2 de la loi du 13 décembre 2010 le permet.

d'une activité privée sauf si l'Etat l'exclut ou si les biens construits par l'occupant sont nécessaires à la continuité du service public. S'agissant des collectivités territoriales, le recours à cette technique, nous le verrons, est une nouveauté mais reste limité pour l'accomplissement d'une mission de service public pour leur compte ou pour la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Le droit réel n'est conféré à l'occupant que si la collectivité le mentionne explicitement.

S'agissant des BEA, l'Etat peut y recourir seulement depuis 2009 et cela dans deux secteurs, à savoir les logements sociaux et le BEA valorisation, BEA que nous reverrons ultérieurement. Ces BEA sont limités dans leurs champs d'application mais possèdent le même régime juridique que le BEA local. Pour les collectivités, le BEA existe depuis la loi de 1988 et il confère au titulaire un droit réel de jouissance d'un bien immobilier appartenant à la collectivité. Contrairement à l'AOTDR de l'Etat, le BEA reconnaît au titulaire un droit réel non seulement sur les ouvrages que celui-ci construit, mais aussi sur les biens qu'elle lui loue, alors même que ces biens sont affectés à un service public. Le régime juridique est cependant très encadré dans la mesure où le BEA ne cesse de s'étendre.

Enfin, s'agissant des PPP, ils peuvent être conclus par l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics. En ce qui concerne l'Etat, ces PPP confèrent, de principe, un droit réel au titulaire sur les ouvrages et équipements qu'il réalise, même sur le domaine privé de l'Etat.

Cette parenthèse étant refermée, voyons à présent l'apport du CGPPP dans le domaine de ces droits réels.

B-L'apport du CGPPP de 2006 : entre évolutions et questionnements.

Depuis les années quatre-vingt-dix, l'ensemble de la doctrine et le milieu des praticiens attendaient une réforme d'ampleur du droit des biens administratifs. En matière de droits réels, les espoirs étaient nombreux. Ils résidaient notamment dans la clarification de ces droits afin de mieux envisager les conséquences qu'ils entraînaient et les possibilités de financement qu'ils offraient. Les personnes privées attendaient notamment davantage de sécurité juridique.

Les nouveautés apportées par le Code de 2006 sont dans l'ensemble assez positives et attestent du chemin parcouru depuis les premières lois qui ont dérogé au principe de l'interdiction de constituer des droits réels.

On peut alors se demander quelles sont ces nouveautés attestant d'une avancée en matière de droit réel ? Vers quel modèle se dirige-t-on ? Quelles sont les options retenues par le Code ? La réforme de 2006 comporte-t-elle des lacunes ?

L'enjeu est de comprendre dans quel but les droits réels sont actuellement attribués et ce qu'ils emportent comme conséquences.

A bien regarder la réforme, il apparaît clairement qu'un certain nombre d'éléments sont repris des réformes de 1988 et 1994. Le CGPPP regroupe l'ensemble des dispositions législatives relatives aux modalités d'occupation du domaine public de l'Etat mais aussi des autres personnes morales de droit public. Mais ce n'est pas seulement une codification à droit constant car cette codification comporte des innovations.

Tout d'abord, le CGPPP définit les principes généraux d'occupation et d'utilisation du domaine public⁷⁴⁵. Le CGPPP, dans son article L. 2121-1⁷⁴⁶, rappelle d'ailleurs que toute utilisation du domaine public doit se faire dans le respect de l'affectation et que l'utilisation doit être conforme ou compatible avec l'affectation. La nouveauté introduite par le CGPPP dans la lignée de cet article, concerne les servitudes sur le domaine public. Sont désormais

⁷⁴⁵ Les principes régissant l'utilisation privative sont les suivants : l'obligation de disposer d'un titre habilitant à occuper le domaine public, le caractère précaire et temporaire de ce titre.

⁷⁴⁶ L'article L. 2121-1 du CGPPP énonce : « Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation. »

autorisées sur le domaine public, les servitudes⁷⁴⁷ compatibles avec l'affectation et pouvant alors être consenties à des propriétaires privées⁷⁴⁸. Par ailleurs, dès lors que l'affectation est conservée, il n'y a aucune raison d'exclure la possibilité de tels droits. Cela va faciliter, en pratique, la naissance des ensembles immobiliers⁷⁴⁹. Il faut alors faire cohabiter des immeubles appartenant à des personnes publiques avec ceux appartenant à des personnes privées. A partir du moment où l'affectation de la dépendance est assurée, l'exclusion de ces servitudes n'est plus fondée.

Quant au régime des occupations privatives du domaine public constitutives de droits réels, le CGPPP reprend un grand nombre des dispositions contenues dans les lois de 1988 et 1994⁷⁵⁰. En ce qui concerne le domaine public de l'Etat, puisque une distinction demeure entre ce dernier et les collectivités territoriales, l'ordonnance de 2006 reprend intégralement la loi de 1994. Les nouveautés se trouvent à l'article L. 2122-7 et L. 2122-8 du CGPPP⁷⁵¹ qui énoncent notamment l'expression de « droits réels conférés par le titre ».

Ces articles mettent fin à la polémique née de la loi de 1994 qui n'avait pas précisée la nature du droit réel conféré à l'occupant. C'est chose faite puisque désormais, on sait qu'il s'agit

⁷⁴⁷ La servitude se définit ainsi : « Charge établie sur un immeuble pour l'usage et l'utilité d'un autre immeuble appartenant à un autre propriétaire. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF Quadrige, 2003, édition n°9, 2011 : entrée servitude.

⁷⁴⁸ Article L. 2121-4 du CGPPP énonce : « Des servitudes établies par conventions passées entre les propriétaires, conformément à l'article 639 du Code civil, peuvent grever des biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation de ceux de ces biens sur lesquels ces servitudes s'exercent. »

⁷⁴⁹ C'était d'ailleurs une revendication importante des praticiens et notamment des notaires.

⁷⁵⁰ C. Pisani et C. Bosgiraud, « Premières réflexions de la pratique sur le code général des propriétés publiques », *AJDA*, 29 mai 2006, p. 1104 et s ; B. Trescher, « De quelques apports du Nouveau Code général de la propriété des personnes publiques en matière d'occupation du domaine public », *C-MP*, n°7, juillet 2006, chronique 6, p. 4 et s.

⁷⁵¹ L'article L. 2122-7 du CGPPP énonce : « le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés, ou transmis dans le cadre de mutation entre vifs ou de fusion, absorption ou scission de sociétés, pour la durée de validité du titre restant à courir, y compris dans le cadre de la réalisation de la sûreté portant sur lesdits droits et biens et dans les cas mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 2122-8, qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé. »

Afin d'améliorer la situation des occupants, le Conseil d'Etat a précisé que l'absence de clause d'indemnisation de l'occupant ne fait nullement obstacle à une indemnisation en cas de résiliation anticipée pour motif d'intérêt général d'une convention d'occupation du domaine public : CE, 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, Tables du Rec. Conseil d'Etat, p. 739.

L'article L. 2122-8 du CGPPP énonce : « Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée. Les créanciers chirographaires autres que ceux dont la créance est née de l'exécution des travaux mentionnés à l'alinéa précédent ne peuvent pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée sur les droits et biens mentionnés au présent article. Les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation délivrés en application des articles L. 2122-6 et L. 2122-10, quels qu'en soit les circonstances et le motif. »

d'un droit réel de jouissance. Cette précision étant ajoutée, le CGPPP reprend, pour le reste, les principes de la loi de 1994 désormais codifiés dans le CGPPP⁷⁵².

Le CGPPP a intégré les nouveautés concernant certaines opérations intégrées par le législateur comme celles relatives aux bâtiments construits pour les besoins de la police, de la justice et de la gendarmerie et aux besoins de formation de personnels de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services et du ministère de la Défense. Ces dispositions sont issues de la loi LOPSI de 2002⁷⁵³ et sont désormais codifiées dans le CGPPP⁷⁵⁴. Enfin le CGPPP reprend les dispositions concernant les établissements publics de santé⁷⁵⁵, résultant des dispositions de l'ordonnance du 4 septembre 2003⁷⁵⁶.

L'apport du CGPPP relatif aux collectivités territoriales est plus important. L'innovation majeure à leur égard se trouve à l'article L. 2122-20⁷⁵⁷ du CGPPP, cet article renvoie ensuite à de nombreux articles du Code général des collectivités territoriales. L'innovation tient au fait que les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent désormais consentir non seulement des baux emphytéotiques administratifs, comme la loi de 1988 le permettait déjà, mais aussi délivrer des autorisations d'occupation de leurs domaines respectifs constitutives de droits réels. Pour ces autorisations, le législateur calque alors le régime des autorisations constitutives de droits réels sur le régime des autorisations que l'Etat peut accorder, notamment en vertu de l'article L. 2122-6 du CGPPP. Cependant, cette apparente égalité entre l'Etat et les collectivités territoriales n'est que de façade. En effet, ces nouvelles autorisations que peuvent désormais délivrer les collectivités territoriales sont assorties d'une restriction importante car elles ne peuvent se faire qu'« en vue de l'accomplissement pour le compte d'une mission de service public ou en vue de la réalisation

⁷⁵² Dispositions concernant les occupants pour le domaine public de l'Etat codifiés aux articles L. 2122-5 à L. 2122-19.

⁷⁵³ Loi du 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°2002-1094, *JO* 30 août 2002, p. 14398.

⁷⁵⁴ Articles L. 2122-15 et L. 2122-16 du CGPPP.

⁷⁵⁵ L'article L. 2122-21 du CGPPP dispose : « Un établissement public de santé ou une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut conclure sur son domaine public un bail emphytéotique administratif dans les conditions fixées aux articles L. 6148-2 à L. 6148-5-3 du Code de la santé publique. »

⁷⁵⁶ Ordonnance du 4 septembre 2003, portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, n° 2003-850, *JO* du 6 septembre 2003, p. 15391.

⁷⁵⁷ L'article L. 2122-20 du CGPPP dispose : « Les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent :

1° Soit conclure sur leur domaine public un bail emphytéotique administratif dans les conditions déterminées par les articles L. 1311-2 à L. 1311-4-1 du Code général des collectivités territoriales ;

2° Soit délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel dans les conditions déterminées par les articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du Code général des collectivités territoriales ».

d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence.»⁷⁵⁸ Ces restrictions sont identiques à celles relatives aux baux emphytéotiques administratifs. Pour ces derniers, le législateur a cependant élargi leur objet. Outre les évolutions permises précédemment par la loi LOPSI précitée, le législateur a ouvert la possibilité d'utiliser ces baux en vue de « l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public. »

Le CGPPP maintient, en revanche, l'interdiction de constituer de tels baux sur le domaine public soumis aux contraventions de voirie, autrement dit le domaine public routier. Or, cela aurait été accueilli avec un certain soulagement par les collectivités territoriales, comme, par exemple, les départements ou les régions qui sont en charge de nombreuses dépendances de la voirie routière depuis la loi du 13 août 2004⁷⁵⁹ et auxquels l'Etat transfère beaucoup de compétences et de biens allant avec.

En outre, les collectivités territoriales ne peuvent attirer des investisseurs voulant développer une activité purement industrielle ou commerciale, comme il est, en revanche, possible de le faire sur le domaine public de l'Etat. Les baux emphytéotiques administratifs, tout comme les autorisations d'occupations constitutives de droits réels des collectivités territoriales, resteront utilisés pour favoriser le financement privé d'installations publiques comme, par exemple, un hôtel de ville ou une installation répondant au moins à l'intérêt général.

Il semble que cette différence de traitement entre l'Etat et les collectivités territoriales constitue l'une des faiblesses du CGPPP. Si ces nouveaux titres permettent davantage de valorisation et offrent de nouvelles possibilités de financement, il semble qu'il y ait toujours

⁷⁵⁸ L'article L. 1311-5 du CGCT énonce : « I- Les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Le titulaire de ce titre possède un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice de cette activité.

Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans la présente section, les prérogatives et obligations du propriétaire.

Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.

Ces dispositions sont applicables aux groupements et aux établissements publics des collectivités territoriales, tant pour leur propre domaine public que pour celui mis à leur disposition.

II- Dans les ports et les aéroports, sont considérés comme satisfaisant à la condition d'intérêt public local mentionnée au premier alinéa du I les activités ayant trait à l'exploitation du port ou de l'aéroport ou qui sont de nature à contribuer à leur animation ou à leur développement.

III- Les dispositions du I et II sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public. Lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public.

IV- Les constructions mentionnées au présent article peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences de service public. »

⁷⁵⁹ Loi du 13 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales, n° 2004-809, JO du 17 août 2004, p. 14545.

une méfiance vis-à-vis des collectivités territoriales. Pourtant, ces dernières se sont vues transférer de plus en plus de compétences par l'Etat, et sont donc légitimes à demander plus de possibilités de valorisation de ces nouvelles dépendances, qu'elles soient routières, maritimes ou fluviales. Faut-il y voir l'existence d'un Etat central qui ne dit pas son nom ou encore la présence, officieuse, d'une tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales ?

L'autre lacune du CGPPP réside dans le fait que la modernisation et l'actualisation des instruments au service de la valorisation économique du domaine public se font au détriment de l'homogénéité de l'ensemble. Le CGPPP fait beaucoup de sous-distinctions entre les autorisations, selon qu'elles sont ou non constitutives de droits réels. De plus, la diversité des titres possibles s'est accru ce qui n'aide pas à la lisibilité.

En outre, le CGPPP fait de nombreux renvois à d'autres codes, et notamment au CGCT, ce qui ne facilite pas non plus la clarté.

Enfin, on ne peut que souligner le paradoxe de ce CGPPP à propos des collectivités territoriales. S'il leur confère un nouveau titre calqué sur celui accordé à l'Etat, il en restreint en même temps la portée en termes de finalité.

S'il est un aspect positif du CGPPP à retenir c'est bien le renversement de postulat qu'il opère en faveur des occupants des domaines publics. Auparavant, on considérait comme une exception le fait que les occupants autorisés du domaine public puissent être propriétaires de leurs constructions ou des ouvrages construits en vertu de cette habilitation administrative. Le CGPPP inverse la tendance est fait de cette situation la règle. L'appropriation privative des ouvrages édifiés sur le domaine public devient le principe⁷⁶⁰. Les titres délivrés par les personnes publiques vont, dans la plupart des cas, engendrer la constitution de droits réels. De plus, l'occupant bénéficie sur les biens qu'il a réalisés, des prérogatives du propriétaire, pendant la durée de validité du titre.

Cependant, la différence qui subsiste entre l'Etat et les collectivités territoriales en termes d'octroi de droits réels montre bien la méfiance persistante du législateur à l'égard des collectivités. C'est pourquoi, la délivrance d'un droit réel pour les collectivités territoriales n'est qu'une simple faculté et si ces dernières ne le mentionnent pas expressément dans le titre, il n'y aura pas constitution de droit réel pour l'occupant. A l'inverse, pour l'Etat,

⁷⁶⁰ E. Pourcel, « A qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titre d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », *JCP N*, n°24, 15 juin 2007, p. 17 et s.

l'occupant est titulaire d'un droit réel, sauf prescription contraire de son titre. Pour l'Etat, le silence du titre joue en faveur de l'occupant.

Au regard de toutes ces avancées, un constat s'impose : si des efforts restent à faire en ce qui concerne les titres d'occupation constitutifs de droits réels et leurs codifications, il est indéniable que ces avancées ouvrent non seulement des possibilités non négligeables de valorisation du domaine public, mais aussi de techniques de financements.

Il faut souligner qu'aujourd'hui, les établissements financiers s'intéressent moins aux droits réels. Elles préfèrent des mécanismes d'assurances ou de garanties par les personnes publiques sur les sommes dues à l'occupant afin de capter au besoin les flux financiers.

Le CGPPP a ouvert de nouvelles voies et permis d'éclaircir des points importants pour les occupants du domaine public, notamment en ce qui concerne la nature de leurs droits réels.

Le Code a inversé la tendance qui consistait à interdire les droits réels au nom de l'inaliénabilité du domaine public. Le CGPPP limite l'application du principe d'inaliénabilité à son périmètre naturel et légitime, c'est-à-dire la protection de l'affectation. Dès lors que la délivrance de titres constitutifs de droits réels ne contredit pas l'affectation, il n'y a désormais plus aucune raison de les interdire. La protection à outrance des dépendances du domaine public au nom de son inaliénabilité s'est avérée être contre-productive. Le Code traduit ce constat, ce qui a eu pour effet de libérer les personnes publiques du financement d'ouvrages importants sur les différents domaines publics des personnes publiques.

Section II- La nouvelle conception de l'affectation et de sa protection : des perspectives de valorisation.

La progressive mise en place des dérogations à l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public, puis les interventions successives du législateur créant de nouveaux titres et ouvrant de nouveaux droits, ont permis d'utiliser de nombreux outils et techniques de financement.

Or, si pour les personnes publiques, la valorisation consiste à rechercher des occupants susceptibles de payer des redevances elle consiste également à trouver des techniques de financement des ouvrages ou immeubles qu'elles ne peuvent assumer. Ainsi, l'octroi de droits réels va de pair avec l'utilisation d'outils empruntés au droit privé pour financer des ouvrages, avec le concours des personnes privées, sans pour autant mettre en danger l'affectation des biens à l'utilité publique.

Aujourd'hui, grâce au CGPPP, les personnes publiques disposent d'un très large éventail de titres permettant de constituer des droits réels. (§1) Cependant, toutes les possibilités n'ont pas encore été explorées en raison de l'obstacle que constitue encore le critère organique du droit public des biens. (§2)

§1- Des nouvelles techniques de financements grâce à l'évolution de la conception de l'affectation.

En mettant en avant l'idée que les droits réels ne sont plus contraires au principe d'inaliénabilité du domaine public à partir du moment où l'affectation de la dépendance est respectée, il n'y avait plus aucune raison de restreindre ces droits, pas plus qu'il n'était légitime de limiter les techniques pour financer les ouvrages prévus sur la dépendance occupée. (A)

Les techniques de financement inspirées du droit privé comme le crédit-bail ou encore les hypothèques vont pouvoir être davantage utilisées. Cela va bénéficier à la fois à l'occupant

mais aussi aux personnes publiques. En donnant plus de sécurité juridique à l'occupant, elles vont l'inciter à s'installer. (B)

A-Des techniques longtemps interdites et désormais autorisées.

A partir des lois 1988 et de 1994 autorisant les collectivités territoriales à consentir sous conditions des droits réels sur leur domaine public, les personnes publiques ont pu avoir recours à des techniques de financement jusque-là interdites. Au premier rang, on peut citer le recours à l'hypothèque et au crédit-bail. Ces possibilités étaient assez restreintes et soumises à de nombreuses conditions. Au fil du temps, le législateur est intervenu de plus en plus. Le CGPPP a ouvert la possibilité de recourir plus largement à ces moyens de financement, attirant, par voie de conséquence, davantage d'investisseurs sur le domaine public.

Aussi ces différentes techniques sont-elles importantes car ce sont elles qui, concrètement, vont séduire ou non les investisseurs potentiels du domaine public. Ces techniques n'étaient, à l'origine, pas utilisées de manière optimale.

Comment peut-on actuellement financer les ouvrages et installations que l'occupant va construire en vertu de son titre d'habilitation, constitutif de droits réels ?

L'enjeu est de bien comprendre ce qui attire les investisseurs privés et qui jusque-là faisait défaut. Les droits réels, ainsi reconnus, ont la particularité d'engendrer la reconnaissance des prérogatives du propriétaire sur l'ouvrage réalisé par l'occupant. A partir de ce moment là, il va pouvoir recourir à des techniques juridiques et de financements.

Les lois de 1988 et 1994 ont permis l'utilisation de nouvelles techniques comme le crédit-bail ou le recours à l'hypothèque mais comportent des lacunes, l'une étant susceptible de décourager les investisseurs intéressés par le domaine public.

Le recours à l'hypothèque⁷⁶¹ est désormais permis par l'article L. 2122-8⁷⁶² du CGPPP. Elle a été précisée et améliorée afin de donner plus de garantie à l'occupant et aux hypothétiques créanciers du domaine public.

L'hypothèque est une technique issue du droit privé. C'est un « droit réel de garantie qui permet au créancier d'appréhender la valeur du bien grevé sans déplacement de la possession du bien immobilier hypothéqué »⁷⁶³. Ce droit réel n'emporte pas dépossession du bien immobilier car le débiteur en reste le propriétaire et l'utilisateur mais, en retour, il va offrir aux créanciers différents droits, que l'on nomme droit de préférence et droit de suite. Le droit de préférence se met en place quand le débiteur est en situation de défaillance et qu'il ne peut pas régler sa dette. Dans ce cas, une procédure de saisie immobilière et de vente forcée peut être enclenchée et le créancier aura droit à une priorité dans le paiement. Le droit de suite permet de saisir l'immeuble même dans le patrimoine d'un tiers qui se serait porté acquéreur. Le créancier suit son bien, quelle que soit la personne en possession de celui-ci car il veut être payé.

Ce droit réel qu'est l'hypothèque se présente ainsi en droit civil. Mais compte tenu du fait que ce droit va être accordé sur des parcelles appartenant au domaine public, les exigences relatives à la domanialité publique et donc à l'affectation vont ressurgir. Tout comme pour l'octroi des droits réels à l'occupant qui s'accompagnent d'aménagements en raison de l'affectation des dépendances domaniales, le législateur a été également contraint d'aménager les dispositions concernant l'hypothèque.

Ainsi, pour constituer une hypothèque, il faut obtenir l'agrément du créancier hypothécaire⁷⁶⁴. Ensuite, le champ d'application de l'hypothèque est délimité par l'article L. 2122-8 du

⁷⁶¹ L'hypothèque est une : « Sûreté réelle immobilière constituée sans la dépossession du débiteur par une convention, la loi ou une décision de justice, et en vertu de laquelle le créancier qui a procédé à l'inscription hypothécaire a la faculté (en tant qu'il est investi d'un droit réel accessoire garantissant sa créance) de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve et d'être payé par préférence sur le prix. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée hypothèque.

⁷⁶² L'article L. 2122-8 du CGPPP énonce : « Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installation de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.

Les créanciers chirographaires autres que ceux dont la créance est née de l'exécution des travaux mentionnés à l'aliéna précédent ne peuvent pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée sur les droits et biens mentionnés au présent article.

Les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation délivrés en application des articles L. 2122-6 et L. 2122-10, quels qu'en soient les circonstances et le motif. »

⁷⁶³ Cf. *supra* note n°760, p. 22.

⁷⁶⁴ Article L. 2122-7 du CGPPP et article L. 1311-6 du CGCT pour les collectivités territoriales.

CGPPP et L. 1311-6-1 du CGCT⁷⁶⁵. Le droit réel, les ouvrages, constructions ou installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation afin de financer les travaux nécessaires à la réalisation des ouvrages. Il est interdit d'hypothéquer des biens immeubles déjà existants qui relèveraient de la domanialité publique. L'hypothèque doit seulement permettre le financement du futur équipement ou ouvrage prévu par l'occupant.

Ensuite, les droits des créanciers chirographaires, autrement dit ceux qui ont pour seule garantie le droit de gage pour obtenir le remboursement de leur créance, sont limités. Ils ne peuvent pas engager de mesures conservatoires ou de procédure d'exécution forcée sur les droits réels et les biens visées par l'article L. 2122-8 du CGPPP.

Enfin, si une hypothèque a été constituée, sa durée de vie est la même que celle du titre d'occupation de la dépendance domaniale même si l'autorisation a été prématurément arrêtée. Cela peut ainsi affecter l'efficacité de l'hypothèque. Par conséquent, un problème se pose si le titre s'arrête avant son terme. La personne publique doit-elle alors payer à la place de l'occupant ou rembourser la somme intégrale due aux créanciers par l'ancien occupant? Sur ce point, le CGPPP apporte une nouvelle réponse en prévoyant que les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait sont reportés sur l'indemnité d'éviction due à l'occupant. Mais, cette disposition ne couvre pas toutes les hypothèses. En effet, aucune indemnité ne sera versée pour inexécution des clauses et conditions de l'autorisation. Si la fin de l'autorisation intervient en raison de la faute de l'occupant ou de la crise économique, le créancier court alors le risque de ne pas se voir rembourser. Dans ce cas, deux mois avant l'intention de l'administration de vouloir mettre fin à cette autorisation, celle-ci doit avertir les créanciers pour qu'ils puissent éventuellement se substituer au débiteur⁷⁶⁶. Ce créancier reçoit désormais le droit de se faire attribuer le gage à la suite de l'initiative de l'administration de

⁷⁶⁵ Cf. *supra* note n°762.

⁷⁶⁶ L'article L. 2122-9 du CGPPP dispose : « A l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'Etat, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques.

Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée. Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. Les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité.

Deux mois au moins avant la notification du retrait pour inexécution des clauses et conditions de l'autorisation, les créanciers régulièrement inscrits sont informés des intentions de l'autorité compétente à toutes fins utiles, et notamment pour être mis en mesure de proposer la substitution d'un tiers au permissionnaire défaillant ou de s'y substituer eux-mêmes. »

résilier l'autorisation. Les créanciers peuvent alors trouver une autre personne mais se pose encore une difficulté, celle de se voir attribuer par l'autorité domaniale l'agrément du tiers. Cette dernière peut donc très bien accepter ou refuser l'agrément.

Les créanciers ne sont donc pas certains de recouvrer les sommes prêtées même si le législateur de 2006 tend à les rassurer par le biais de nouvelles dispositions. Certes, l'emprunt pour l'occupant est facilité par la possibilité d'utiliser l'hypothèque. Toutefois, les créanciers ne peuvent être certains d'être remboursés car ils ne disposent pas de tous les droits de l'hypothèque du Code civil.

L'autre apport important, relatif à la reconnaissance des droits réels, est l'utilisation possible et étendu du crédit-bail. Le contrat de crédit-bail⁷⁶⁷, est dénommé *leasing* en anglais et, est régi en principe par les articles L. 313-7 à L. 313-11 du Code monétaire et financier. Le mécanisme du crédit-bail comprend deux phases. En premier lieu, le crédit-bailleur, propriétaire d'un immeuble, en concède l'usage professionnel à une entreprise, le crédit-preneur, et cela moyennant un loyer pendant une certaine durée. A la fin de la période de location, soit le crédit-preneur acquiert l'immeuble au prix préalablement convenu en tenant compte des loyers déjà versés, soit il restitue l'immeuble, soit il décide de poursuivre la location. L'immeuble ainsi prêté constitue donc la sûreté et le propriétaire a donc bien un droit réel sur l'immeuble.

Au regard de cette définition, on ne peut être qu'étonné que le droit de la domanialité publique tolère cette pratique. C'est sans compter que le crédit-bail appliqué sur les dépendances domaniales a été aménagé par le législateur. Le crédit-bail ainsi décrit n'est pas compatible avec le principe du caractère personnel des autorisations puisque deux cessions du titre seraient obligatoires. La première concerne l'occupant qui devrait transférer le droit d'occupation au crédit-bailleur et la deuxième interviendrait en fin de contrat, où le titre

⁷⁶⁷ Le crédit bail (sous entendu immobilier) se définit ainsi : « Convention financière de longue durée, en vertu de laquelle une société spécialisée (bailleur ou crédit-bailleur) met à la disposition d'un utilisateur (preneur ou crédit-preneur) moyennant un loyer, un immeuble à usage professionnel, avec promesse unilatérale de vente à l'expiration du bail et suivant des modalités diverses : société civile créée entre l'entreprise de crédit-bail et l'utilisateur, avec, pour ce dernier, faculté de rachat des parts de l'entreprise en fin de contrat ; plus rarement, bail emphytéotique consenti par le futur utilisateur-déjà propriétaire du terrain- à la société de *leasing* et conférant à celle-ci un droit réel sur le terrain et les constructions édifiées, suivi d'une remise de l'ensemble immobilier à la disposition du client par une location simple et de l'acquisition automatique de la propriété en fin de contrat. », G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée crédit bail.

devrait être rétrocédé au crédit-preneur. Des personnes publiques ont bien tenté de mettre cela en place mais le Conseil d'Etat a sanctionné ces pratiques⁷⁶⁸.

La technique du crédit-bail étant contraire au principe selon lequel seule une personne publique peut être propriétaire du domaine public, le législateur est intervenu pour aménager cette technique. Cette technique est utilisable à la fois par l'Etat et ses établissements publics⁷⁶⁹ mais aussi par les collectivités territoriales⁷⁷⁰, qui ont toujours été privilégiées en la matière.

S'agissant de l'Etat et de ses établissements publics, le recours au crédit-bail est limité en fonction des autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels. Cela est impossible pour les ouvrages et constructions affectés à un service public ou pour des travaux exécutés par une personne publique dans un but d'intérêt général. On souhaite réserver le financement par crédit-bail uniquement aux équipements privés, propriétés d'une personne privée. Le contrat de crédit-bail est donc exclu pour les contrats de délégation de

⁷⁶⁸ CE, avis du 30 mars 1989, TGV Sud-est, *EDCE* 1190, p. 236. La SNCF voulait financer la ligne du TGV Sud-est par le crédit-bail mais le Conseil d'Etat estima que ce contrat conférait un droit de propriété à une personne privée sur des terrains affectés à un service public, aménagés à cet effet et destinés à entrer dans le domaine public ce qui est contraire au principe qui veut que seule une personne publique peut être titulaire d'un domaine public.

⁷⁶⁹ L'article L. 2122-13 du CGPPP énonce : « Dans le cadre des titres d'occupation prévus par les articles L. 2122-6 et L. 2122-11, la réalisation des ouvrages, constructions et installations peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Lorsque ces contrats concernent le financement d'ouvrages de constructions et d'installations qui sont nécessaires à la continuité d'un service public, ils comportent des clauses permettant de préserver les exigences de ce service public.

La conclusion de tels contrats de crédit-bail au bénéfice d'organismes dans lesquels l'Etat ou l'établissement public gestionnaire du domaine apporte un concours financier ou détient, directement ou indirectement une participation financière permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion est soumise à un agrément de l'Etat. Cet agrément peut être refusé si l'opération se traduit par un accroissement des charges ou une diminution des ressources de l'Etat. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités de cet agrément. »

⁷⁷⁰ L'article L. 1311-5 du CGCT énonce : « I- Les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Le titulaire de ce titre possède un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice de cette activité.

Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans la présente section, les prérogatives et obligations du propriétaire.

Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.

Ces dispositions sont applicables aux groupements et aux établissements publics des collectivités territoriales, tant pour leur propre domaine public que pour celui mis à leur disposition.

II- Dans les ports et les aéroports, sont considérés comme satisfaisant à la condition d'intérêt public local mentionnée au premier alinéa du I les activités ayant trait à l'exploitation du port ou de l'aéroport ou qui sont de nature à contribuer à leur animation ou à leur développement.

III- Les dispositions du I et II sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public. Lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public.

IV- Les constructions mentionnées au présent article peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public. »

service public et certains baux emphytéotiques administratifs. Cependant, de récentes dérogations législatives ont été accordées à ces interdictions.

L'une d'entre elles concerne le financement d'équipements en matière de services publics régaliens. La loi du 29 août 2002⁷⁷¹ permet à l'Etat d'accorder à des personnes publiques ou privées une autorisation d'occupation domaniale. Il peut alors conclure avec cette personne un bail en vertu duquel celle-ci s'engage à construire des bâtiments nécessaires aux besoins de la police, de la justice, de la gendarmerie nationale, des armées ou des services du ministère de la Défense. L'originalité vient du fait que ce bail va comporter une option d'achat anticipée en faveur de l'Etat qui pourra acquérir le bien avant le terme du contrat. Ces contrats, qui auront la particularité d'être des marchés publics au sens du droit communautaire, permettent ainsi le recours au crédit-bail alors même qu'il s'agit de financer des équipements publics.

Une autre dérogation concerne les contrats de partenariat, auparavant codifiés à l'article L. 2122-16⁷⁷² du CGPPP et issus de l'ordonnance du 17 juin 2004⁷⁷³. Ces contrats de partenariat autorisent le recours au crédit-bail. La loi du 12 mai 2009 a modifié à cet effet l'article L. 2122-13 du CGPPP. Dorénavant la réalisation des ouvrages, constructions et installations par l'occupant du domaine public de l'Etat, titulaire d'une autorisation constitutive de droits réels, peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail, y compris pour les ouvrages nécessaires à la continuité d'un service public.

Enfin, les collectivités territoriales ont toujours eu la possibilité de recourir au crédit-bail pour financer des équipements publics. Désormais, la différence avec l'échelon national s'estompe car l'Etat est autorisé sous condition à recourir à cette technique pour financer des équipements publics. Pour les collectivités territoriales, cela est possible sous réserve que des clauses du contrat préservent les exigences liées à la présence d'un service public. Les collectivités peuvent donc recourir au crédit-bail, tant dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif que pour une autorisation d'occupation temporaire du domaine public local constitutive de droits réels⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ Loi du 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°2002-1094, JO 30 août 2002, p. 14398.

⁷⁷² L'article L. 2122-16 du CGPPP est aujourd'hui abrogé par la loi du 12 mai 2009, n° 2009-526, loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO n° 0110 du 13 mai 2009 p. 7920.

⁷⁷³ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats, JO n°141 p. 10994. Voir sur ce sujet : F. Brenet, F. Melleray, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, Une nouvelle espèce de contrats administratifs*, Litec, 2005.

⁷⁷⁴ L'article L. 1311-3 du CGCT dispose : « Les baux passés en application de l'article L. 1311-2 satisfont aux conditions particulières suivantes :

1° Les droits résultant du bail ne peuvent être cédés, avec l'agrément de la collectivité territoriale, qu'à une personne subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant de ce bail et, le cas échéant, des

Pour conclure, il convient de garder à l'esprit les efforts entrepris, ces dernières années, par le législateur pour offrir de nouvelles possibilités de financement des équipements et des ouvrages des occupants. Afin d'attirer les personnes privées désireuses d'investir sur le domaine public, le législateur a introduit quelques notions de droit civil dans le droit public, sans pour autant renoncer à l'impératif de la préservation de l'affectation des dépendances domaniales. Rien n'empêche donc les personnes publiques de recourir aux techniques de financement issues du droit civil dès lors que les clauses nécessaires sont apportées au contrat en vue de préserver ladite affectation.

Néanmoins, la pérennité du critère organique peut encore largement faire obstacle à la valorisation du domaine public dans la mesure où elle interdit l'usage de certains outils et, partant, ne sécurise pas totalement les créanciers

Quoi qu'il en soit, on ne peut que souligner les innovations juridiques introduites par le législateur en vue d'améliorer la gestion des occupations domaniales.

conventions non détachables conclues pour l'exécution du service public ou la réalisation de l'opération d'intérêt général ;

2° Le droit réel conféré au titulaire du bail de même que les ouvrages dont il est propriétaire sont susceptibles d'hypothèques uniquement pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué.

Ces emprunts sont pris en compte pour la détermination du montant maximum des garanties et cautionnements qu'une collectivité territoriale est autorisée à accorder à une personne privée.

Le contrat constituant l'hypothèque soit, à peine de nullité, être approuvé par la collectivité territoriale;

3° Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du bail.

La collectivité territoriale a la faculté de se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail et, le cas échéant, les conventions non détachables. Elle peut également autoriser la cession conformément aux dispositions du 1° ci-dessus ;

4° Les litiges relatifs à ces baux sont de la compétence des tribunaux administratifs ;

5° Les constructions réalisées dans le cadre de ces baux peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public ;

6° Lorsqu'une rémunération est versée par la personne publique au preneur, cette rémunération distingue, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement. »

L'article L. 1311-5 du CGCT dispose : « IV- Les constructions mentionnées au présent article peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public. »

B-Des outils innovants pour une gestion plus souple.

Valoriser le domaine public revient, *in fine*, à exploiter, d'une part, les richesses offertes par ce domaine et, d'autre part, à réduire autant que faire se peut la charge financière induite par les investissements nécessaires à cette valorisation.. Or, si la collectivité, dans le cadre de cette valorisation, peut tout à fait réaliser elle-même des travaux de grande ampleur, elle devra souvent passer un contrat avec des entrepreneurs qui sera alors qualifié de marché public. Cependant, deux difficultés se présentent dans ce cas : la première tient à la lourdeur des procédures de mises en concurrence et d'attribution des marchés ; la seconde réside dans l'obligation qui est faite au donneur d'ordre de régler intégralement le prix à la livraison de la commande⁷⁷⁵. Pour surmonter ces difficultés, le législateur va permettre la réalisation de travaux sous maîtrise d'ouvrage privée et offrir ainsi aux collectivités la possibilité d'étaler le paiement du prix dans le temps. Ainsi, les personnes publiques vont non seulement obtenir la construction d'ouvrages importants et onéreux chers, mais elles aussi pouvoir étaler la dépense dans le temps.

Outre l'octroi de droits réels aux occupants par l'intermédiaire du bail emphytéotique administratif, de nouveaux outils sont apparus, créés par le législateur pour répondre aux besoins des personnes publiques.

Rappelons-le, l'intérêt des personnes publiques est de voir des investisseurs privés s'installer sur leurs domaines publics respectifs, sans pour autant leur confier la gestion d'un service public. Le but est que des personnes privées aient envie de construire des ouvrages importants, dont ils ne seront pas, à terme, propriétaires. Mais, en retour, il faut s'attacher à leur offrir une contrepartie pour les attirer et les aider à les financer.

Une fois accomplie la lourde tâche d'attirer les investisseurs, encore faut-il ensuite les fidéliser. Il faut faire en sorte que l'occupation soit pérenne et en accord avec l'affectation de la dépendance domaniale.

Il s'agit de démontrer de nouveau que les personnes publiques, en utilisant à bon escient les outils juridiques mis à leur disposition, entendent gérer leurs domaines conformément au respect de l'affectation de la dépendance. Finalement, la qualité de propriétaire importe peu

⁷⁷⁵ TC, 5 juillet 1999, Commune de Sauve contre société Gestener, Rec. Conseil d'Etat p. 464 ; *RFDA* 1999, p. 1163.

même si le CGPPP semble encore réticent à cette idée, lui qui impose toujours la présence d'une personne publique dans la gestion d'un bien relevant du domaine public.

S'agissant de ces nouveaux outils juridiques mis à la disposition des personnes publiques dans la perspective d'octroi de droits réels, il y a notamment les dispositions issues de la loi LOPSI de 2002⁷⁷⁶ concernant la sécurité intérieure et celle concernant la justice⁷⁷⁷. Grâce à ces nouvelles dispositions, l'Etat peut confier à une personne publique ou privée, la construction, l'aménagement, l'entretien ou la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationale ou des établissements pénitentiaires. Ces nouveaux contrats s'accompagnent évidemment d'autorisations d'occupation du domaine public accordées par l'Etat ou les collectivités territoriales.

Ces nouvelles dispositions ayant déjà été vues, il faut analyser davantage le contrat de partenariat dénommé auparavant le partenariat public-privé. Ces contrats ont été créés notamment pour échapper aux règles du Code des marchés publics. Ils s'insèrent dans la catégorie des contrats dits globaux, comme les baux emphytéotiques, ils font plus que confier la construction d'ouvrages aux cocontractants. Leurs missions sont plus larges. Elles comprennent, en effet, le financement, la réalisation ou encore l'exploitation de l'ouvrage moyennant une rémunération. Mais ils prennent une place particulière au sein de cette catégorie des contrats globaux. Ces objectifs sont donc plus larges que ceux d'un METP⁷⁷⁸ ou des baux emphytéotiques administratifs⁷⁷⁹.

Le Parlement, par une loi d'habilitation, a autorisé le gouvernement à créer par voie d'ordonnance, des nouveaux contrats qui auront pour objet de confier au cocontractant de l'administration « la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions. »⁷⁸⁰ Cette loi d'habilitation, parce qu'elle mettait en jeu des éléments

⁷⁷⁶ Loi du 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°2002-1094, *JO* 30 août 2002, p. 14398 ; J-Y Cherot, J. Tremeau, « La commande publique et le partenariat public/privé à nouveau devant le Conseil Constitutionnel », note sur CC, 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, n°2002-460 DC *AJDA*, 28 octobre 2002, p. 1059.

⁷⁷⁷ Loi du 9 septembre 2002, loi d'orientation et de programmation pour la justice, n°2002-1138, *JO* 10 septembre 2002, p. 14934.

⁷⁷⁸ Le sigle METP désigne: Marché d'entreprise de travaux publics.

⁷⁷⁹ P. Delvolvé, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », *RFDA*, novembre décembre 2004, n°6, p. 1082 et s.

⁷⁸⁰ Article 6 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, n°2003-591, *JO* 3 juillet 2003, p. 11192.

importants, fut soumise au contrôle du Conseil Constitutionnel⁷⁸¹. Celui-ci admit la constitutionnalité du dispositif mis en place mais émit tout de même certaines réserves en affirmant que les « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics » constituent des limites au recours à ce type de contrat qui doit rester dérogatoire. Il précise que ces contrats devront être réservés « à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé. »

Même si le recours à ces contrats est limité à des cas précis relevant du cas d'urgence, il démontre qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre la propriété privée d'un bien et le service public.

A la suite de l'intervention du Conseil Constitutionnel, l'ordonnance concernant ces contrats de partenariats a été édictée⁷⁸². Naturellement, ce nouveau dispositif est ouvert à la fois à l'Etat et à ses établissements publics mais également aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics⁷⁸³. Ce contrat est un contrat administratif dont l'objet est précis. L'ordonnance de 2004 prévoit les cas dans lesquels ce type de contrat pourra intervenir et reprend également les réserves d'interprétations émises par le Conseil Constitutionnel en 2003. Ce contrat pourra alors être utilisé, d'une part, lorsque la complexité du projet empêche la personne publique de définir à l'avance, et seule, les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage juridique ou financier du projet. D'autre part, il pourra être utilisé s'il y a urgence.

Le recours à ce contrat semble très encadré. La personne publique qui voudra l'utiliser devra justifier son choix en formulant une évaluation, c'est-à-dire un bilan dans lequel elle exposera

⁷⁸¹ CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, n°2003-473 DC ; E. Fatôme et L. Richer, note sur CC, 26 juin 2003, décision n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *RFDC* n°56, octobre 2003, p. 772 et s ; P. Cuhe, « Domanialité publique, service public et partenariats public-privé », *DA*, n°10, octobre 2003, p. 5 ; F. Lichère, « Le Conseil Constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : bis repetita non placent, (commentaire des considérants 13 à 20 de la décision n°2003-473 DC, du 26 juin 2003) », *RDP*, n°4, 2003, p. 1163 et s.

⁷⁸² Ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats, n° 2004-559, *JO* 19 juin 2004 p. 10994 ; P. Delvolvé, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », *RFDA*, novembre décembre 2004, n°6, p. 1079 ; N. Symchowicz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », *Contrats et Marchés publics*, n°12, décembre 2004, p. 8 ; J-F Brisson, « Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *AJDA*, mars 2005, p. 591 ; J-F Auby, « Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ? », *RFDA* 2004, p. 1095 ; E. Fatôme et L. Richer, « Contrats de partenariat immobilier : réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages », *Contrats publics*, septembre 2004, p. 24 ; Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP*, n°36, p. 331 ; S. Braconnier, « Les contrats de partenariat et les collectivités territoriales locales : entre mythe et réalités », *BJCP*, n°36, p. 340.

⁷⁸³ Article L. 1414-1 du CGCT.

« avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative » à se tourner vers le contrat de partenariat⁷⁸⁴.

L'objet de ce contrat est de confier à un tiers « pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. »⁷⁸⁵

Le cocontractant assure donc la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Pour la réalisation de ce contrat, une autorisation d'occupation du domaine public est souvent nécessaire. Ce contrat sera alors le titre habilitant la personne à occuper le domaine public. Par conséquent, le titulaire de ce contrat dispose de droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalisera, sauf si son contrat en dispose autrement.

Cependant, des réserves sont apportées. Non seulement, à travers ce contrat, une personne publique ne peut pas confier une mission de service public à son partenaire. De plus, au sein de ce contrat, des clauses doivent toujours être prévues pour garantir et préserver l'affectation de la dépendance domaniale. Il ne faut pas perdre de vue que ce contrat porte sur une parcelle du domaine public, c'est-à-dire sur une parcelle affectée à l'utilité publique⁷⁸⁶.

Ce contrat donne évidemment lieu à rémunération car la personne publique doit rémunérer la prestation et peut aussi tenir compte d'objectifs comme la performance que la personne aurait assignée à son cocontractant⁷⁸⁷. Cette rémunération intervient tout au long de la durée du contrat en contrepartie de la mission dévolue au cocontractant.

Le contrat de partenariat n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine⁷⁸⁸. Ses points positifs doivent être soulignés. Il traduit la volonté profonde des personnes publiques d'externaliser le plus possible leurs travaux et leurs services en recourant à ce type de contrats globaux. Le législateur a voulu créer un nouveau type de contrat public destiné à répondre à des contraintes d'ordre économique, technique et financière.

⁷⁸⁴ Article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004.

⁷⁸⁵ Article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004.

⁷⁸⁶ Article 13 de l'ordonnance précitée.

⁷⁸⁷ Cf. *supra* note n°786.

⁷⁸⁸ Cf. *supra* notes n°784 et 785.

Ce contrat de partenariat ne recouvre pas l'ensemble des Partenariats Public Privé qui comprennent les contrats de partenariat, les contrats domaniaux ou encore les PPP sectoriels. Le recours à un contrat de partenariat ou à un contrat domanial s'offre aux personnes publiques à partir du moment où aucun contrat spécial n'est prévu par la loi.

Certes, le choix de recourir au contrat de partenariat dépend des conditions déjà exposées, mais l'avantage est que la personne publique n'a pas besoin de recourir à un montage contractuel complexe car le contrat de partenariat réunit tout en un seul contrat. On confie non seulement une mission générale au cocontractant avec les travaux, la gestion, la réalisation mais, en plus le contrat est en lui-même constitutif d'un titre d'occupation et emporte constitution de droits réels. La constitution de ces droits réels permet alors de pouvoir recourir à la technique du crédit-bail. L'occupant privatif du domaine public a donc un droit réel sur les ouvrages qu'il réalise mais cette propriété n'est évidemment que temporaire et cesse à l'expiration du contrat. Les ouvrages réalisés rentreront ensuite dans le patrimoine de la personne publique.

Cependant, la doctrine a beaucoup insisté sur l'idée que ce type de contrat existait de plus en plus en droit positif⁷⁸⁹. Le but du contrat de partenariat semble similaire à celui de la concession de service public, le bail emphytéotique administratif ou encore l'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels. En effet, nous l'avons vu, les personnes publiques s'en servent beaucoup, et parfois pour des missions plus larges que celles prévues par le législateur⁷⁹⁰.

Pour l'heure, le contrat de partenariat semble assez séduisant même si, au départ, le recours à ce type de contrat était rare. Seuls vingt-neuf contrats auraient été conclus entre mars 2005 et février 2008, davantage par les collectivités territoriales que par l'Etat. Récemment, le législateur est venu accroître le champ d'application de ce contrat de partenariat afin de le

⁷⁸⁹ N. Symchowicz, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », *C-MP*, n°12, décembre 2004, p. 9 et s ; J-F Brisson, « Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *AJDA*, mars 2005, p. 591 et enfin P. Delvolvé, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », *RFDA*, novembre décembre 2004, n°6, p. 1081 et s.

⁷⁹⁰ CE, 25 février 1994, SA Sofap-Marignan Immobilier, Rec. Conseil d'Etat p. 94, *RFDA* 1994, p. 510. Le Conseil d'Etat admet en l'espèce la légalité d'un montage financier par lequel la commune conclut avec une société civile immobilière un « bail emphytéotique, mettant pendant soixante cinq ans, des terrains dont la commune est propriétaire à la disposition de cette société, à charge pour cette dernière d'y réaliser un bâtiment destiné pour partie à l'extension de l'hôtel de ville, pour partie à abriter des bureaux privés, la société s'engageant à donner en location à la ville contre versement d'un loyer, les surfaces répondant à ses besoins, et l'ensemble du bâtiment devant en fin de bail revenir à la ville ».

Un an après, le 31 janvier 1995, le Conseil rend un avis célèbre. Le Conseil d'Etat estime, concernant l'Etat, que la technique contractuelle similaire de l'AOT, pouvait servir de fondement à un montage équivalent pour la réalisation d'un commissariat ; E. Fatôme, P. Terneyre, « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », *AJDA*, 20 février 1997, p. 126 (avis reproduit p. 139).

relancer⁷⁹¹. Le Conseil constitutionnel a évidemment été saisi de cette loi⁷⁹². On s'attendait à une censure de sa part. Il avait, en effet, encadré fortement le recours à ce contrat et avait insisté sur le fait qu'il devait conserver un caractère dérogatoire au droit de la commande et de la domanialité publiques. Il a, comme prévu, censuré un certain nombre de dispositions afin que le recours à ce contrat reste une solution exceptionnelle.

La loi de 2008 facilite tout de même le recours à ce contrat en modifiant l'article 2 de l'ordonnance de 2004 précitée et, par conséquent, l'article L. 1414-2 du CGCT. La loi offre une troisième possibilité de recourir à ce type de contrat. Dorénavant, un contrat de partenariat peut être conclu si, au cours de l'évaluation, il s'avère que, « compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique ». Il est proposé aux personnes publiques de faire un bilan coûts-avantages entre les différents contrats qui s'offrent à elle. Bien entendu, l'argument du recours au paiement différé ne pourrait pas à lui seul constituer un avantage.

Désormais, trois possibilités de recourir au contrat de partenariat s'offrent aux personnes publiques, toutes les trois étant indépendantes et non cumulatives⁷⁹³. L'ingéniosité de la loi consiste à faire des présomptions d'urgence dans certains domaines car, derrière cela, se cache la volonté du gouvernement de l'époque d'intervenir dans ces domaines. Cela concerne l'enseignement supérieur, l'amélioration de la qualité de la recherche et des conditions d'étude et de vie étudiante, l'enseignement français à l'étranger, la sécurité intérieure, les nouvelles technologies dans la police et la gendarmerie nationales, la réorganisation des implantations du ministère de la défense, les opérations nécessaires aux besoins de la santé, les besoins relatifs aux infrastructures de transport, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite, à l'amélioration de l'efficacité énergétique et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments

⁷⁹¹ Loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, n° 2008-735, *JO* du 29 juillet 2008, p. 12144 ; F. Lichère « Le projet de loi sur les contrats de partenariat : vers l'extension et la clarification du partenariat public-privé ? », *AJDA*, 28 janvier 2008, p. 123 ; F. Melleray et F. Brenet, « La loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat : une étape décisive du « plan de stimulation du partenariat public-privé » ? », *RJEP*, novembre 2008, p. 3 et s ; E. De Fenoyl, « Timide avancée pour le contrat de partenariat, occasion manquée pour le partenariat public-privé. », *AJDA*, septembre 2008, p. 1709 et s.

⁷⁹² CC, 24 juillet 2008, loi relative aux contrats de partenariat, n°2008-567 DC, *Gaz.Pal*, 8-9 août 2008, p. 4.

⁷⁹³ Cette hypothèse est validée par le Conseil Constitutionnel dans son considérant 9 de la décision de 2008 précitée en précisant que si le bilan apparaît plus avantageux, cela est dans l'intérêt du bon emploi des deniers public. Cf *supra* note n°792.

publics. Ce catalogue ouvrait dans ces secteurs une présomption d'urgence valable jusqu'à la fin de l'année 2012. Si les échéances électorales ont eu un impact sur la rédaction d'un tel projet, le Conseil Constitutionnel a censuré la méthode de cette présomption en considérant « qu'en présumant satisfaite la condition d'urgence sous la seule réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable, les dispositions contestées (...) ont pour effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence ; que, dès lors, elles privent de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et bon usage des deniers publics. »⁷⁹⁴

Au passage, la loi va préciser ce qu'elle entend par « urgence » pour le recours à ce type de contrat. Pour la loi, il y a urgence « lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public. » Le Conseil Constitutionnel a également considéré⁷⁹⁵ que ce recours était justifié en cas de force majeure.

Cette notion d'urgence a été récemment précisée par un arrêt du Conseil d'Etat⁷⁹⁶. Cette jurisprudence a été particulièrement suivie et a fait l'objet de nombreux commentaires⁷⁹⁷. Cet arrêt ponctue une affaire qui avait commencé devant le tribunal administratif d'Orléans⁷⁹⁸. Le département du Loiret avait décidé de recourir un à contrat de partenariat pour construire et entretenir un nouveau collège et son internat dans le secteur de Villemandeur. Le département fonde ce recours sur l'urgence et c'est cette notion qui fait débat entre les différentes personnes intéressées dans l'affaire. Le tribunal a considéré que la notion d'urgence n'était pas remplie pour recourir à ce type de contrat. Il considère que « l'atteinte portée au fonctionnement du service public par le retard affectant la réalisation du collège Villemandeur ne présentait pas, à supposer même que le département ait accompli toutes les diligences pour y remédier, un caractère de gravité suffisant pour justifier légalement qu'il soit déroger au droit commun de la commande publique par le recours au contrat de partenariat. »

Mais la Cour administrative d'appel de Nantes a donné une solution inverse⁷⁹⁹. Elle a jugé que l'urgence était avérée et qu'elle justifiait le recours à ce contrat. Le Conseil d'Etat trancha finalement l'affaire, ce qui lui donna la possibilité de préciser cette notion d'urgence. Il

⁷⁹⁴ Cf. *supra* note n°792.

⁷⁹⁵ Considérant 4 de la décision du CC du 2 juillet 2008. Cf. *supra* note n°792.

⁷⁹⁶ CE, 23 juillet 2010, Lenoir et Syndicat national des entreprises de second œuvre, Rec. Conseil d'Etat, p. 339.

⁷⁹⁷ F. Brenet, note sur CE, 23 juillet 2010, M. Lenoir et autres, *RJEP*, janvier 2011, p. 14 ; F. Linditch, « PPP, l'urgence précisée par le Conseil d'Etat », *JCP A*, septembre 2010, p. 25.

⁷⁹⁸ TA d'Orléans, 29 avril 2008, Lenoir et SNSO contre Département du Loiret, n°0604132 et n°0604140.

⁷⁹⁹ CAA de Nantes, 23 janvier 2009, Département du Loiret, n° 08NT01579, *JCP A*, 2009, 2135, Comm. H. Mouannès.

expliqua alors que cette dernière ne doit pas seulement provenir de simples difficultés. Cette notion d'urgence n'a pas non plus à être extérieure à la personne publique décidant de recourir à ce contrat. Le retard préjudiciable, par exemple, peut très bien venir de la personne même qui décide de recourir à ce contrat.

De plus, ce retard peut même s'expliquer par des circonstances de fait postérieures. Enfin, cette notion d'urgence peut constituer le moyen de réaliser des ouvrages plus rapidement qu'avec les procédures habituelles. Même si le recours à ce type de contrats est susceptible d'accélérer la réalisation de ces ouvrages, cela n'a pas à entrer en considération dans l'évaluation de l'urgence.

En revanche, conformément aux dispositions de l'ordonnance de 2004, il est certain que ce contrat ne peut être utilisé pour déléguer un service public au cocontractant.

Le législateur facilite davantage la passation de ces contrats. Si la procédure du dialogue compétitif était ouverte en cas d'urgence et de complexité, la procédure négociée est désormais introduite par la loi de 2008.

Enfin, la loi élargit le champ d'application organique du contrat car, désormais, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices mentionnées dans l'ordonnance du 6 juin 2005⁸⁰⁰ peuvent y recourir. Enfin les groupements d'intérêt public, les établissements publics de santé, les structures de coopération sanitaires et les organismes de droit privé ou public figurant à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale le peuvent aussi.

Le dernier point positif concernant ce contrat de partenariat concerne la valorisation du domaine public, question toujours au cœur de nos préoccupations. Grâce à cette nouvelle loi, le partenaire peut être autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique par la conclusion, pour les biens du domaine privé, de baux de droit privé comme par exemple les baux à construction et les baux emphytéotiques. La particularité est que ces baux peuvent excéder la durée du contrat de partenariat. L'avantage est non seulement d'attirer les investisseurs mais aussi de répondre à des cas très concrets. Dans l'hypothèse d'un contrat de partenariat autorisant la construction d'un ensemble sportif tel qu'un stade ou un ensemble aquatique, il se peut que ce contrat s'achève sans que les cocontractants n'aient eu le temps de rentabiliser les hôtels ou les restaurants qu'ils auraient construits autour. Cette durée des contrats au-delà de la durée du contrat de partenariat est désormais possible à la condition

⁸⁰⁰ Ordonnance du 6 juin 2005, n°2005-649 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, *JO*, 7 juin 2005, p. 10014.

qu'il s'agisse de dépendances du domaine privé, sous réserve de l'agrément de la personne publique et que cela ne viole pas les exigences constitutionnelles faisant « obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine. »⁸⁰¹

On a, dès lors, un contrat de partenariat renouvelé, qui participe à son tour à la valorisation des domaines public et privé des personnes publiques, dans les limites indiquées. En termes de chiffres, on peut dire qu'au 31 décembre 2000, par exemple, quarante-cinq contrats de partenariat étaient signés dans des domaines précis. Au premier rang, il s'agit des opérations liées à l'éclairage public, puis des nouvelles technologies de l'information et de la communication. On retrouve ensuite le domaine des équipements sportifs et culturels et enfin les activités en lien avec l'énergie et les déchets⁸⁰².

Pour terminer, il ne faut pas oublier de citer, à côté des contrats de partenariats « généraux », les différentes hypothèses de contrats de partenariat sectoriels qui peuvent être conclus. Ce sont les lois de 2002⁸⁰³ et 2003⁸⁰⁴ qui ont ajouté ces différentes hypothèses. Dans les secteurs mentionnés, on vise à faciliter les investissements en ayant recours à des contrats de partenariat. La loi du 29 août 2009 a permis la conclusion de trois sortes de contrats. Tout d'abord, des marchés portant sur la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeuble affectés à la police et à la gendarmerie nationale, auxquels la loi de programmation militaire du 27 janvier 2003⁸⁰⁵ a ajouté les armées et les services du ministère de la Défense, celle du 18 mars 2003⁸⁰⁶ sur la sécurité intérieure les immeubles de la brigade des sapeurs-pompiers de Paris et les systèmes de communication et d'information du ministère de l'Intérieur et celle du 26 novembre 2003⁸⁰⁷ relative à la maîtrise de l'immigration, les centres de rétention et les zones d'attente.

⁸⁰¹ CC, 24 juillet 2008, loi relative aux contrats de partenariat, n°2008-567 DC, Gaz.Pal, 8-9 août 2008, p. 4.

⁸⁰² G. Huet, « Contrat de partenariat : vers un premier bilan », *JCP A*, avril 2011, p. 18.

⁸⁰³ Loi du 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°2002-1096, *JO* 30 août 2002, p. 14398 et loi du 9 septembre 2002 ; loi d'orientation et de programmation pour la justice, n°2002-1138, *JO* du 10 septembre 2002, p. 14934.

⁸⁰⁴ Loi du 27 janvier 2003, loi de programmation pour la défense, n°2003-73, *JO* du 29 janvier 2003, p. 1744 et ordonnance du 4 septembre 2003 relatif au bail emphytéotique dit « hospitalier » visant plus largement les établissements publics de santé résultant de l'ordonnance du 4 septembre 2003, Ordonnance n° 2003-850 article 21, III, *JO* du 6 septembre 2003, p. 15391 et aujourd'hui référencé à l'article L. 2122-21 du CGPPP.

⁸⁰⁵ Cf. *supra* note n°804.

⁸⁰⁶ Loi du 18 mars 2003, pour la sécurité intérieure, n°3003-239, *JO* du 19 mars 2003, p. 4761.

⁸⁰⁷ Loi du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n°2003-119, *JO* du 27 novembre 2003, p. 20136.

Ensuite, ont été créés des baux emphytéotiques sur le domaine des collectivités territoriales pour les besoins de la justice, de la police et de la gendarmerie. Enfin, pour ces mêmes besoins, la possibilité a été offerte de conclure des baux sur le domaine public de l'Etat, en charge d'une autorisation d'occupation temporaire de celui-ci. Le législateur a offert par la loi de programmation militaire du 27 janvier 2003 des possibilités identiques pour satisfaire aux besoins des armées et des services du ministère de la Défense.

Puis intervint la loi d'habilitation du gouvernement de 2003 qui tend à constitutionaliser le droit des contrats publics. Le législateur a d'ailleurs dû en tenir compte lors de l'adoption de l'ordonnance relative aux contrats de partenariat en 2004 mais aussi pour l'ordonnance du 4 septembre 2003⁸⁰⁸ sur la réforme du système de santé. Cette ordonnance apporte de nombreuses modifications comme, par exemple, la permission offerte aux établissements de santé et aux collectivités territoriales de conclure des baux emphytéotiques pour les besoins de ces établissements. Puis, ces établissements publics de santé peuvent « confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien ou la maintenance des bâtiments affectés à l'exercice de (leurs) missions ou sur une combinaison de ces éléments »⁸⁰⁹.

Ces dispositions sont donc précises et ont toutes un objectif en commun : favoriser les financements de tels équipements dans les secteurs dits prioritaires par les gouvernements. Ces contrats de partenariat n'ont donc pas de portée générale contrairement à ceux créés par l'ordonnance du 17 juin 2004.

La loi de 2008⁸¹⁰ insère d'autres secteurs dans lesquels les contrats de partenariat sectoriels sont autorisés, en plus de ceux précités, comme nous l'avons vu à propos de l'enseignement supérieur.

Le bail emphytéotique hospitalier a la particularité de comporter une procédure de passation identique à celle des contrats de partenariat. Il entraîne différentes facilités pour les investissements hospitaliers et a été récemment élargi aux sociétés d'HLM par la loi de 2008.

Toutes ces interventions législatives ne facilitent ni la lisibilité ni l'intelligibilité du droit. En outre, de récentes interventions dans le même domaine, notamment par la loi du 14 mars

⁸⁰⁸ Cf. *supra* note n°804.

⁸⁰⁹ Article L. 6148-7 du Code de la santé publique.

⁸¹⁰ Cf. *supra* note n°791.

2011⁸¹¹, complexifie encore le paysage juridique. Cette loi a pour objectif d'étendre les BEA jusqu'au 31 décembre 2013. En effet, les BEA sectoriels étudiés précédemment avaient une durée de vie limitée que la loi a étendue. Elle en profite en plus pour étendre le BEA local à d'autres secteurs comme, par exemple, la valorisation des immeubles du domaine public local. Le BEA est ainsi ouvert et sans limitation de durée s'il est affecté à une association culturelle gestionnaire d'un édifice du culte ouvert au public, pour la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation.

Le problème vient du fait que ce BEA devient courant et est utilisé largement⁸¹². Le BEA fut d'abord créé pour les collectivités locales, avant qu'il ne soit étendu aux établissements publics de santé, puis élargi à l'Etat. De plus, son objet ne cesse de s'étendre et participe à l'incohérence. Par conséquent, on observe que les mécanismes d'octroi de droits réels sont très épars et que la lisibilité n'est pas aisée. En outre, il convient de souligner une ressemblance de plus en plus évidente entre BEA et contrats de partenariat.

Finalement, on peut mesurer la diversité des offres disponibles pour les personnes publiques qui sont de plus en plus complexes mais qui permettent de réaliser de nombreuses opérations en une seule étape. Le souci majeur qui en résulte est le manque de lisibilité et d'intelligibilité de ces opérations. En effet, les dispositions se superposent, faisant intervenir le législateur à de nombreuses reprises, qui étend, précise les dispositions précédentes ou crée de nouveaux outils. Des efforts sont encore à fournir et de nouvelles voies sont encore envisageables.

Si la valorisation semble plus simple que par le passé pour les personnes publiques, des obstacles demeurent et sont liés à la nécessité de protéger l'affectation des dépendances domaniales. Parmi les nombreux outils juridiques mis à la disposition des personnes publiques, des clauses contractuelles doivent être prévues afin de préserver les exigences constitutionnelles liées à cette affectation. Ce dispositif une fois mis en place n'empêche pourtant pas la valorisation des dépendances domaniales.

⁸¹¹ Loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, n°2011-267, *JO* du 15 mars 2011, p. 4582.

⁸¹² P. Yolka, « L'impact de la LOPPSI sur le régime du bail emphytéotique administratif », *JCP A*, avril 2011, p. 29.

L'obstacle majeur, semble-t-il, reste ainsi le critère organique et le fait que les dépendances domaniales ne puissent pas appartenir à des personnes. Pourtant, la levée de cette exigence résoudrait bien des problèmes et offrirait de nouvelles possibilités de valorisation.

§2-Des voies en matière d'outils juridiques et de techniques de financements encore à explorer.

La valorisation des biens des personnes publiques est une préoccupation essentielle aujourd'hui et est entrée dans la normalité. Si les techniques sont de plus en plus nombreuses et tentent de répondre efficacement aux besoins des personnes publiques, certaines leur sont pourtant totalement interdites. Cela tient notamment aux principes de la domanialité publique mais aussi à la présence toujours nécessaire d'une personne publique.

Ces nouvelles voies sont pourtant pertinentes. (A) Elles révèlent à quel point il est temps de remettre sérieusement en cause la conception traditionnelle du domaine public. (B)

A-Des techniques et des outils juridiques à explorer.

Il est semble-t-il utile de se demander si d'autres techniques juridiques seraient envisageables pour financer les biens publics, sachant que l'on entend par là des biens affectés au service public qu'ils appartiennent au domaine public ou non. Or, pour ce qui est des biens appartenant au domaine public, nous venons, dans les développements, d'analyser les différentes techniques s'offrant aux personnes publiques pour octroyer des droits à des occupants privés sur le domaine public afin de construire des ouvrages et de les financer.

Ces techniques exposées sont celles qui existent en droit positif et qui sont encadrées par le législateur. Mais on peut se demander s'il n'existe pas d'autres techniques, encore plus

intéressantes financièrement. Si elles existent, pourquoi alors ne les utilise-t-on pas pour financer les équipements publics ou pourquoi ne les utilise-t-on que partiellement ?

Notre étude nous permettra de mieux comprendre les réticences du législateur français à introduire ces mécanismes alternatifs de financement. Les principes et les exigences de la domanialité publique s'avèrent être de puissants obstacles à l'innovation.

Ces techniques dont on parle sont la fiducie, le « *lease* » américain, ou encore la possibilité d'établir un fonds de commerce sur le domaine public.

Quels sont les buts et les enjeux de ces mécanismes ? S'agissant de l'établissement d'un fonds de commerce, nous rappellerons seulement l'interdiction formelle qui est faite à quiconque d'en exploiter un⁸¹³ sur le domaine public⁸¹⁴. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs récemment rappelé cette interdiction⁸¹⁵. Il réitère sa jurisprudence⁸¹⁶ en considérant que cela est incompatible avec le caractère révocable des autorisations d'occupation du domaine public ainsi que son caractère personnel et non cessible. Pourtant, il semble y avoir une appréhension et des préjugés vis-à-vis de cette technique. D'une part, il n'est pas obligatoire, pour qu'il y ait reconnaissance d'un fonds de commerce, qu'une clientèle propre lui soit attachée. Or, très souvent on considère que sur le domaine public, l'exploitant ne peut pas avoir sa propre clientèle. D'autre part, le fonds de commerce est dissociable de la nécessité d'avoir un bail commercial sur le domaine public, bail de droit commun.

Le « *lease* » américain⁸¹⁷ est également un de ces procédés. En cette période où les dettes publiques sont criantes et alarmantes, le besoin de fonds publics est nécessaire pour financer, entre autres, les équipements publics. Plutôt que de se tourner vers des montages contractuels assez complexes et souvent sanctionnés par le juge administratif, comme l'était le recours au

⁸¹³ Le fonds de commerce est un : « Ensemble des éléments corporels (matériel, outillage, marchandises) et incorporels (droit au bail, nom, enseigne, brevets et marques, clientèle et achalandage) qui, appartenant à un commerçant ou à un industriel et réunis pour lui permettre d'exercer son activité, constitue une universalité juridique et un meuble corporel soumis à des règles particulières. » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition n°9, 2011 : entrée fonds de commerce.

⁸¹⁴ R. Rezenthel, « L'exploitation du fonds de commerce sur le domaine public : vers la fin d'un malentendu », *Gaz. Pal.*, 10 février 1998, p. 196.

⁸¹⁵ CE, 19 janvier 2011, Commune de Limoges, n°323924, tables du recueil Lebon. : Une société demande réparation du préjudice subi consécutivement à la résiliation de la convention d'occupation. Pour elle, cette indemnité serait la perte d'un fonds de commerce (il s'agissait ici de l'exploitation d'un complexe d'hôtellerie-restauration dans l'enceinte d'un golf municipal). Le Conseil d'Etat rejette cette demande. Même chose CE, 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, Tables Rec. Conseil d'Etat, p. 739.

⁸¹⁶ CE, 28 avril 1965, Société X, D. 1965, p. 655 : « (...) eu égard notamment au caractère précaire et révocable de ladite autorisation (d'occupation du domaine public), dont le retrait pourrait contraindre le requérant à mettre fin sans indemnité à l'exploitation de l'établissement litigieux, celui-ci ne saurait être regardé comme un fonds de commerce dont la société X serait propriétaire (...). »

⁸¹⁷ S. Nicinski, « « Lease » américain, équipements publics et droit administratif », *AJDA*, 20 juin 2001, p. 53.

crédit-bail auparavant, d'autres outils existent et présentent moins de risques. Le « *lease* » américain, qui est également un montage contractuel, s'inscrit dans une spirale de post-financement et se situe à l'opposé des méthodes traditionnelles car l'administration dégage des bénéfices sans rien dépenser. Il est utilisé pour favoriser les bénéfices sur un équipement existant. Une description de ce modèle a été faite par S. Nicinski⁸¹⁸ et le « *lease* » se résume ainsi « un organisme public français donne en « location » l'un de ses équipements à un *trust* américain pour une durée assez longue. Ce même organisme public reprend immédiatement l'équipement en sous-location, ce qui lui permet d'en conserver la jouissance et de demeurer maître de son affectation. Le *trust* acquiert par le biais de son contrat de « location », la « propriété économique » de l'équipement. Le droit fiscal américain autorise alors le propriétaire économique d'un bien à l'amortir dans ses comptes et bénéficiaire ainsi d'un crédit d'impôts considérable. En échange, l'organisme public qui a consenti à entrer dans un *lease*, reçoit une rémunération équivalente à environ 7% de la valeur de l'actif, à la conclusion du contrat. L'organisme public n'a pas dépensé un centime, a obtenu un bénéfice important et immédiat, et conserve à la fois la propriété juridique de l'équipement et sa jouissance. » La SNCF a notamment financé des Trains à Grande Vitesse par l'intermédiaire de ce mécanisme.

Le problème est que ce montage se heurte non seulement au principe de la propriété et notamment de la propriété publique, mais encore aux principes de la domanialité publique et surtout à celui de l'inaliénabilité du domaine public.

Le premier problème que pose le « *lease* » est qu'il nécessite la reconnaissance de la propriété économique. Pour reconnaître une telle propriété économique, il faut alors avoir une location de longue durée, le contrat doit comporter une disposition permettant un rachat anticipé de l'équipement en faveur de l'organisme public. Enfin, les sommes garanties au loueur sont supérieures à quatre-vingt-dix pour cent de la valeur initiale de l'actif.

Or, est-il possible aujourd'hui de reconnaître la notion de propriété économique sur des biens immobiliers appartenant au domaine public ? Si on postule que la propriété économique est un droit réel. On peut alors, au regard des dispositions actuelles permettant de constituer des droits réels sur le domaine public de l'Etat et des collectivités territoriales, penser que la mission d'intérêt général qui commande la constitution de tels droits réels sur le domaine public pourrait englober l'intérêt financier qui ressort de l'entrée dans un *trust*. La recherche de cette rentabilité pour le service public rentrerait alors dans une opération d'intérêt général relevant des collectivités territoriales, à l'inverse de l'Etat qui n'a pas à justifier un tel objectif

⁸¹⁸ Cf. *supra* note n°817.

pour autoriser la constitution de droits réels sur son domaine public. L'objet du contrat serait ainsi la recherche de cette rentabilité pour le service public. On peut douter que le juge administratif assimile un intérêt purement financier à l'intérêt général⁸¹⁹, même si, ces dernières années, la jurisprudence a évolué dans ce sens et dans l'absolu, pourrait admettre cette situation.

Ce qui soulève le plus de problèmes, comme le souligne S. Nicinski, c'est qu'en interdisant la constitution de droits réels et de droits renforcés sur le domaine public, le principe d'inaliénabilité ne sanctionne pas une quelconque dépossession juridique de l'administration mais plutôt toute atteinte à l'affectation du domaine, comme la continuité des services publics. L'extension du principe d'inaliénabilité et ses dérives déjà étudiées font que l'on a tendance à davantage protéger la propriété publique, l'occupation de la dépendance domaniale et de fait l'affectation. La confusion des notions, qui ne recouvrent pas les mêmes choses, entraîne des conséquences néfastes comme la protection à outrance des biens qui pénalisent leur valorisation.

Toute l'attention est focalisée sur l'interdiction d'aliéner la dépendance domaniale et moins sur l'interdiction d'aliéner l'affectation. Or, ce qui est inaliénable, ce n'est pas tant la dépendance et les droits s'appliquant dessus que l'affectation à l'utilité publique de cette dernière. En aucun cas le « *lease* » ne porte donc atteinte à cette affectation. Admettre cela conduirait alors à accepter que des biens appartenant à une personne privée puissent faire partie du domaine public à condition qu'ils soient affectés à une utilité publique. Cela permettrait de recourir à des techniques de financements innovantes mais jusqu'alors prohibées. Malgré l'adoption du CGPPP, la définition du domaine public reste encore très restrictive puisqu'on estime que pour faire partie du domaine public, le bien doit nécessairement appartenir à une personne publique.

Toutes les techniques financières nouvelles et notamment lorsqu'elles font intervenir des personnes privées, continuent, malgré les avancées, à susciter des craintes chez les personnes publiques et le législateur français. Pourtant, dès lors que les montages ou les contrats préservent l'affectation des biens, il n'y a plus de raison de les interdire.

La fiducie est aussi un de ces nouveaux procédés. C'est une technique de droit privé qui vient d'émerger récemment en France par la loi du 19 février 2007⁸²⁰. Ce mécanisme pourrait inspirer notamment, en droit public des biens, une technique de gestion des biens respectueuse

⁸¹⁹ L'intérêt général, *EDCE*, 1999, n° 50, p. 370. Le Conseil d'Etat refuse cette assimilation.

⁸²⁰ Loi du 19 février 2007 instituant la fiducie, n°2007-211, *JO* 21 février 2007, p. 3052.

de l'affectation, et surtout faire comprendre que propriété privée et affectation ne sont pas deux notions exclusives. La fiducie⁸²¹ se définit ainsi : elle « implique le transfert de droits patrimoniaux par une personne (le constituant) à une autre (le fiduciaire), à charge de réaliser une affectation déterminée au profit d'un bénéficiaire, est usité de longue date »⁸²².

Il existe deux types de fiducie à savoir la fiducie-gestion, où le fiduciaire aura une charge de gestion du bien, et la fiducie-sûreté, où le fiduciaire détiendra le bien remis en fiducie en garantie d'une dette. Ce dernier cas de figure peut notamment intéresser les personnes privées souhaitant apporter des sûretés aux créanciers pour leurs investissements sur le domaine public.

En fait, le fiduciaire devient temporairement propriétaire du bien mais de manière limitée dans temps. Le fiduciaire aura quand même l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* pendant la durée, même si les opérations qu'il effectuera devront correspondre à l'objet de la fiducie. Le patrimoine fiduciaire est pourtant un patrimoine d'affectation. Les biens que le fiduciaire va devoir gérer vont devoir être séparés de son propre patrimoine même si en France cette méthode est en principe interdite.

Sur ce patrimoine, le fiduciaire n'aura pas tous les droits d'un propriétaire normal mais il devra exercer la propriété conformément au but de la fiducie, pour autrui.

On pourrait hypothétiquement envisager ce mécanisme au profit des personnes privées titulaires de droits réels sur leurs ouvrages et installations. D'une certaine manière, ces personnes privées gèrent, pour le compte des personnes publiques, des biens qui deviendront ensuite des dépendances du domaine public. Ces personnes privées pourraient être reconnues comme possédant alors un patrimoine d'affectation, différent de leur propre patrimoine, qu'elles doivent gérer pour le compte de la personne publique, pendant une durée limitée.

⁸²¹ La fiducie est, pour la partie intéressant notre comparatif, l' : « Acte juridique par lequel une personne nommée fiduciaire, transfère la propriété d'un bien corporel ou incorporel à une autre personne nommée fiduciaire, soit à titre de garantie d'une créance (fiducie à des fins de sûretés) sous l'obligation de rétrocéder le bien au constituant de la sûreté, lorsque celle-ci n'a plus lieu de jouer » in G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, PUF, édition, n°9 ; 2011 : entrée fiducie.

⁸²² F. Barrière, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP édition entreprise et affaires*, n°36, 6 septembre 2007, p. 13. Voir aussi relatif à cette loi : G. Blanluet, J-P le Gall, « La fiducie, une œuvre inachevée, un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007. », *JCP G*, n°27, 4 juillet 2007, p. 11 ; C. Dergatcheff, « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays Anglo-saxons, Suisse, Luxembourg. », *JCP, édition entreprise et affaires*, n°36, 6 septembre 2007, p. 46.

Tout cela reste bien évidemment irréalisable aujourd'hui et ne peut actuellement pas être envisagé sur le domaine public. Ce ne sont que des pistes de réflexion tendant à l'amélioration de la gestion des biens et de leur valorisation.

Tous ces développements montrent à quel point il est temps de faire évoluer la conception du droit domanial au profit de la valorisation du domaine public, sans pour autant renoncer à sa raison d'être, à savoir l'affectation à l'utilité publique.

B-Les difficultés de mise en place : obstacles insurmontables pour les nouvelles techniques et les droits réels en général.

Après l'exposé des nombreuses techniques permettant aux personnes publiques d'accorder des droits réels et de recourir à des techniques de financements autorisées, on ne peut que constater les progrès opérés par le législateur dans ce domaine.

Cette question des droits réels pose beaucoup de questions et suscite de très nombreuses interventions législatives. Nous avons vu ces dix dernières années une accélération des lois en faveur de ces créations. La principale raison en est la volonté de valoriser le patrimoine des personnes publiques. Or, cette valorisation passe par le recours aux investisseurs à qui on doit pouvoir proposer des outils attractifs. Parmi ceux-ci, on compte les nouveaux contrats de partenariat dits « globaux », les contrats de partenariat sectoriels et les baux emphytéotiques administratifs, contrats très larges, pouvant intervenir dans de nombreux domaines.

Si ces différentes créations présentent de nombreux atouts et sont de plus en plus utilisées aussi bien par l'Etat que par les collectivités territoriales, certains établissements publics et des entités plus spécifiques comme les universités, elles présentent pourtant des inconvénients.

Que révèlent alors ces autorisations unilatérales d'occupation du domaine public ou ces contrats, créateurs de droits réels, pour le droit public des biens en général ? Quelles incidences ces conceptions ont-elles sur la définition même du domaine public ou quelles pourraient être ces incidences si on décidait d'aller encore plus dans l'octroi de ces droits réels à des occupants privatifs du domaine public ?

Toutes ces lois, et le CGPPP au premier plan, sont révélateurs d'une certaine conception du domaine public et de sa définition.

Le CGPPP et les lois successives apportant des dérogations au principe de l'inaliénabilité en accordant des droits réels, admettent pour de courtes périodes, à l'exception des contrats de quatre-vingt dix ans, que des propriétaires privés soient propriétaires de biens publics. Ils admettent que les titulaires d'autorisations d'occupation du domaine public, que ce soit par acte unilatéral ou par contrat, se comportent comme de vrais propriétaires et utilisent des techniques de financement du droit privé pour constituer notamment des sûretés réelles. Certes, tout ceci est encadré strictement par le législateur, mais le fait que ces biens, pour une durée souvent longue, soient entre les mains de personnes privées ne semble pas déranger, ni même perturber, l'affectation de ces biens.

Pourtant, tout cela n'est que dérogation à la définition classique du domaine public⁸²³ qui ne peut comporter que des biens appartenant à des personnes publiques. Cependant, dans toutes les dérogations à l'interdiction de principe de constituer des droits réels sur le domaine public, principe désormais en recul, on peut voir que les biens qui sont l'objet des différents contrats comme le contrat de partenariat ou encore le bail emphytéotique administratif, correspondent à la définition matériel du domaine public. Autrement dit, les biens, en restant affectés à un service public ou à une activité d'intérêt général, remplissent bien le critère matériel de la définition du domaine public mais pas le critère organique à savoir la propriété publique⁸²⁴.

Manifestement, rien n'empêcherait que ces biens, pourtant dans les mains d'une personne privée, soient intégrés dans le domaine public. En effet, la raison d'être de l'existence du domaine public n'est ni plus ni moins que la protection de certains biens importants parce qu'affectés à l'utilité publique, le plus souvent à un service public. Les biens dont on parle

⁸²³ L'article L. 2111-1 du CGPPP dispose : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué de biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

⁸²⁴ J-F Brisson, « Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *AJDA*, mars 2005, p. 595.

sont justement affectés à un service public ou à une opération d'intérêt général. C'est à ce titre uniquement qu'ils devraient recevoir une protection et l'application du régime de la domanialité publique. On ne voit plus aucune raison d'exiger une appropriation publique pour ces biens, car par le domaine public et son régime juridique, ce n'est pas la propriété publique que l'on devrait protéger mais uniquement l'affectation du bien, qui, elle seule, est inaliénable⁸²⁵.

Une remise en question de la définition même du domaine public s'impose. Celui-ci ne comprendrait que des biens qui n'ont pas d'autre avenir que d'être la propriété de personnes publiques et qui ont également besoin d'une protection. Il s'agit alors de ce que l'on a déjà qualifié de noyau dur du domaine public, qui de toute façon, n'intéresse pas les personnes privées et qui, pour des motifs impérieux, doivent rester la propriété des personnes publiques. Mais, pour tous les autres biens affectés à des missions de service public ou à une opération plus large d'intérêt général, plus rien ne retient dans le domaine et la propriété publics. Ces biens que l'on a rencontrés à travers la question de la valorisation et des droits réels sont, pour une longue durée, mais on pourrait envisager qu'ils le soient perpétuellement, la propriété de personnes privées et sont par conséquent sortis du domaine public. Sont-ils pour autant plus vulnérables que les autres ?

La réponse doit être nuancée. Si le fait de sortir ces biens du domaine public, et *a fortiori*, de la propriété publique, engendre des risques, ceux-ci concernent uniquement l'affectation. Nonobstant, nous avons souligné lors de l'étude des nouvelles protections des biens affectés, le fait que cette affectation va faire l'objet de toutes les attentions de la part des personnes publiques qui les confient à des personnes privées. Non seulement, le respect de cette affectation est une exigence constitutionnelle rappelée par le Conseil Constitutionnel ces dernières années⁸²⁶, mais les personnes privées vont encore devoir prévoir ces contraintes dans leurs contrats avec les établissements de crédits par exemple ou d'autres personnes privées.

Se substitue alors au régime de la domanialité publique, un régime de propriété privée teinté de droit public, en raison même de l'impératif tenant au respect de l'affectation.

⁸²⁵ R. Capitant, note sous CE, 17 février 1933, Commune de Barran, *D.* 1933, 3, p. 49.

⁸²⁶ CC, 26 juin 2003 n°2003-473 DC, note E. Fatôme, *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1404 ; E. Fatôme et L. Richer, note sous CC, 26 juin 2003, décision n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *RFDC*, n°56, octobre 2003, p. 772.

En pratique, c'est déjà ce que prévoient le CGPPP et les lois en matière de contrats de partenariats ou autres. A chaque fois qu'il est possible de recourir à l'hypothèque, au crédit-bail dans ces nouveaux contrats, des clauses doivent être insérées dans les contrats⁸²⁷.

Le régime juridique nouveau qui apparaît alors pour ces biens affectés à des services publics, par exemple, est un régime domanial reposant sur cette affectation et non sur la propriété.

On retrouve alors au sein de cette problématique générale des contrats emportant occupation du domaine public, les mêmes observations qu'à propos de la privatisation du statut des biens affectés à l'exécution d'une mission de service public. Nous avons observé cette tendance à propos des biens de France Télécom, EDF ou encore de la Poste. Désormais entre les mains d'un propriétaire privé, ces biens reçoivent tout de même un régime protecteur en raison de cette affectation. Cette protection ne passe plus par les canons de la domanialité publique et la propriété publique, mais par d'autres formes qui maintiennent des obligations spécifiques pour garantir ces différentes affectations.

Une échelle dans les moyens de protection se dessine, mais en dehors du domaine public et surtout de la propriété publique.

Toutefois, comme l'écrit P. Cuche⁸²⁸, en 2003, « il est désormais permis de douter de la possibilité de généraliser le recours à la propriété privée de biens affectés à un service public et aménagés à cet effet aux fins de faciliter le financement par le secteur privé. Une telle décision de déclassement, qui dérogerait au droit de la domanialité publique et à la propriété publique, pourrait être considérée comme contraire aux garanties constitutionnelles attachées aux propriétés publiques au sens de la décision n° 2003-473 du Conseil Constitutionnel ».

Pourtant, si le Conseil Constitutionnel semble attacher de l'importance à cette propriété publique, il ne s'est jamais opposé aux nombreux et récents déclassements de biens, étudiés précédemment. Il ne s'oppose pas non plus aux nouveaux contrats mis en place ces dernières années. Les seuls principes sur lesquels le Conseil Constitutionnel se montre intransigeant sont l'affectation du bien au service public et la préservation de l'intérêt général.

Le pivot de notre réflexion, qui consiste à dissocier complètement le régime de la propriété publique d'une part du régime de la domanialité publique d'autre part, doit être mis en avant.

⁸²⁷ Voir les articles déjà précités : L. 2122-10, L. 2122-11 et L. 2122-13 du CGPPP et L. 1311-3 et L. 1311-5 du CGCT.

⁸²⁸ P. Cuche, « Domanialité publique, service public et partenariats public-privé », *DA*, n°10, octobre 2003, p. 9.

Rappelons que ces derniers temps, le Conseil Constitutionnel a privilégié l'affectation du bien aux dépens de son appartenance au domaine et à la propriété publics, ce qui redonne tout son sens à la règle de l'inaliénabilité du domaine public. Cela rappelle alors la théorie de V. Proudhon⁸²⁹ qui démontrait déjà en quoi l'inaliénabilité devait protéger le maintien des biens à leurs destinations : soit le public en général ou le service public.

Aussi, les propos qu'avaient exprimés le président du colloque de Saint-Maur, D. Labetoulle, en 1991 reviennent-il à l'esprit « [...]»⁸³⁰ Dans cette matière, ne serait-il pas concevable d'imaginer beaucoup plus loin et d'essayer d'écarter certains principes ? On l'a dit nettement pour la copropriété, pour les servitudes, mais je vais même, sacrilège, me demander si après tout, il est bien nécessaire de fonder la domanialité publique sur la propriété par des personnes de droit public. Yves Gaudemet l'a dit tout à l'heure, l'essentiel c'est l'affectation, la protection d'un but d'intérêt général, l'élément propriété n'est peut être pas indispensable.

Le Conseil a failli le dire en 1932, et R Capitant l'avais bien compris ainsi. « Vous vous souvenez de ce qu'on appelle l'affaire Commune de Barran (CE 17 février 1933) dans laquelle il semble ressortir de l'arrêt que l'antiquaire qui avait acheté les stalles de l'église en était devenu propriétaire, mais il ne pouvait pas y toucher. Je me demande si on ne pourrait pas imaginer une propriété privée dont l'affectation serait génératrice non pas de domanialité publique, mais d'une protection analogue à celle du domaine public. Mais tout cela, ce sont des rêveries, et je crois que jamais le législateur ni le juge n'iront pour le moment aussi loin. »⁸³¹

⁸²⁹ Voir nos développements sur ce sujet dans la Partie I, Titre I, chapitre 2.

⁸³⁰ La forme orale de l'intervention a été conservée puisqu'il s'agit d'une retranscription des propos tenus à l'oral lors du colloque.

⁸³¹ D. Labetoulle, « *Domaine public et activités économiques* », les 20 et 21 septembre 1990, la Faculté de droit de Paris de Saint-Maur et les cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, *CJEG*, 1991, octobre 1991, n° hors série, p. 45.

Ces propos tenus en 1991 ne peuvent qu'emporter notre adhésion, même si l'on se permettra, à l'encontre de D. Labetoulle, de souligner la maturité du législateur et du juge en la matière. Le droit des biens publics ne peut de toute façon pas échapper à cette remise en cause globale qui touche déjà d'autres branches du droit administratif, comme les services publics, et qui remet sérieusement en cause le critère organique.

Chapitre 2: Les contours incertains de la valorisation des dépendances domaniales : entre mise en avant de l'affectation et risques encourus.

La valorisation économique du domaine public est une notion bien intégrée par les personnes publiques, propriétaires de leurs biens et surtout maîtres de leurs affectations et par les investisseurs qui n'hésitent plus à s'installer sur les dépendances domaniales.

Longtemps prohibée, la valorisation du domaine public est partout devenue une utilisation quasi-normale des parcelles. Le chemin parcouru depuis les années quatre-vingt est spectaculaire dans la mesure où des dérogations législatives, ont au départ permis le contournement de ces interdictions, jusqu'à admettre le fait que de constituer des droits réels sur le domaine public était un principe. On ne compte plus les investisseurs installés sur le domaine public, exploitant les ouvrages construits pour rentabiliser les investissements. Les dépendances domaniales attirent de nombreuses personnes privées désireuses d'obtenir des dépendances domaniales parfois très rares. (Section I)

L'objectif semble alors atteint d'une valorisation florissante du domaine public. Une réelle volonté politique s'affiche derrière cet enjeu, avec un champ d'application très large. Le parfait caractère de ce tableau doit cependant être nuancé. La valorisation à outrance comporte des risques à évaluer sur l'affectation des dépendances domaniales. De plus, cet enjeu dépasse le cadre national puisque la pression communautaire dans ce domaine est très présente. (Section II)

Il faut prendre la mesure des limites qu'engendre cette valorisation. Certes demandée et nécessaire, elle doit néanmoins rester contrôlée par l'Etat. Mais celui-ci est de plus en plus absent, se perdant dans des rôles qui ne devraient pas être les siens.

Section I : La nécessité d'encadrer la valorisation.

La valorisation du domaine public est absolument nécessaire. Cela a été rendu possible grâce à une évolution du droit de la domanialité publique et à de nombreuses exceptions législatives ayant permis l'installation d'investisseurs privés.

Si dans cette nouvelle conception l'affectation a trouvé sa place et a pris l'ascendant sur celle de la propriété publique, il reste que cette notion d'affectation doit demeurer le centre de toutes les préoccupations. (§1) Or, le souci de rentabilité et l'externalisation croissante des activités des personnes publiques laissent penser que toutes les mesures ne sont pas prises pour protéger durablement l'affectation des biens à l'utilité publique. (§2)

§1 : De nouveaux objectifs réalisables grâce à la mise en avant de la notion d'affectation.

Grâce aux différentes évolutions des logiques de gestion des biens, les personnes publiques et le législateur ont pris conscience de l'opportunité de valoriser les biens des domaines publics et privés. (A)

Ces différentes approches ont pour la majorité attiré des investisseurs sur le domaine public des personnes publiques, mais elles ont, par ailleurs, posé de nouveaux problèmes auxquels doivent désormais faire face les personnes publiques. (B)

A-L'élargissement de la catégorie des biens concernés par la valorisation économique.

La valorisation économique des biens des personnes publiques est la traduction à la fois d'un désir de souplesse dans la gestion de ses biens et d'une volonté politique.

Si cette valorisation concerne avant tout les biens immeubles, biens qui nous intéressent particulièrement, elle a également touché les meubles, que nous n'évoquerons pas, et les éléments immatériels des personnes publiques.

Cette préoccupation touchait initialement les personnes publiques et privées désireuses de conclure entre elles des contrats permettant la valorisation et le financement des biens publics. Ce souci s'est ensuite progressivement répandu pour atteindre les préoccupations gouvernementales et des finances publiques. Elle est devenue omniprésente dans les politiques gouvernementales, notamment en ce qui concerne l'immobilier public. Le résultat s'est traduit par des mesures importantes comme celle de ventes massives de biens immobiliers de l'Etat, la modernisation des règles d'occupation du domaine public ou encore l'adoption du CGPPP en 2006. Les deux dernières mesures ont déjà été étudiées. Nous concentrerons donc nos propos sur la politique de cession d'immeubles de l'Etat.

Le constat est le suivant : les ventes massives ont fait évoluer le parc immobilier de l'Etat et ont surtout transformé le statut de l'Etat. De propriétaire, il est devenu locataire. L'intérêt est de voir quelle est l'ampleur de cette valorisation avant de voir, plus loin, quelles en sont les conséquences néfastes.

La valorisation correspond à la réalisation concrète d'une modernisation de l'Etat, voulue et annoncée dès la loi organique relative aux lois de finances de 2001⁸³² qui tente de responsabiliser les acteurs publics et politiques face aux contraintes des finances publiques. Sur ce fondement, les différents gouvernements adoptent alors un certain nombre de textes législatifs, notamment la loi d'habilitation du 2 juillet 2003⁸³³ et la loi du 9 décembre 2004⁸³⁴.

⁸³² Loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, n°2001-692, *JO* du 2 août 2001, p. 12480.

⁸³³ Loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, n°2003-591, *JO* du 3 juillet 2003, p. 11192.

⁸³⁴ Loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit, n° 2004-1343, *JO* du 10 décembre 2004, p. 20857.

Dans ces textes, l'objectif est clairement affiché : réaliser des gains de productivité⁸³⁵. De multiples chantiers ont été mis en place contribuant à la modernisation escomptée de l'Etat. Il a alors été question de la modernisation du parc immobilier de l'Etat⁸³⁶. La prise de conscience et l'accélération de la politique immobilière de l'Etat a été permise par le rapport assez sévère de G. Tron, alors député UMP de l'Essonne⁸³⁷. Dès 2005, le ministre délégué au Budget et à la réforme de l'Etat, J-F Copé, a engagé une politique immobilière de grande ampleur. Les biens immeubles de l'Etat ont été estimés à trente huit milliards d'euros au 1^{er} janvier 2006. Une gestion plus active du patrimoine a été lancée afin de permettre de nouvelles cessions de biens, aidée par la Mission interministérielle de valorisation du patrimoine immobilier de l'Etat créée le 26 août 2004.

L'Etat s'est mis à vendre beaucoup de biens pour un montant estimé, par exemple, à huit cent millions d'euros en 2006. Il a réalisé de nombreuses cessions d'immeubles. Le développement de sa politique de cession immobilière est significative car l'Etat est propriétaire d'une grande partie du patrimoine immobilier français. Non seulement, cette importance se mesure en volume puisque le patrimoine immobilier s'étend sur soixante millions de mètres carrés dont douze millions de mètres carrés de bureaux, mais aussi en valeur, puisqu'il s'élève à soixante milliards d'euros au 31 décembre 2009⁸³⁸.

L'Etat a fixé quatre objectifs dans cette nouvelle politique immobilière. Le premier consiste à faire évoluer son parc immobilier, relativement vétuste, vers un parc plus neuf et moins coûteux. Le deuxième objectif vise à optimiser l'occupation des immeubles. Le troisième concerne l'entretien des immeubles qui doit être réactivé. Le quatrième consiste à mobiliser le foncier pour produire davantage de logement en cette période de pénurie.

L'enjeu pour l'Etat est bien celui de dynamiser la gestion de son patrimoine. Pour ce faire, la première étape incontournable est le recensement de ses biens. Il pourra ensuite, d'une part, sélectionner les immeubles à garder ou à céder et, d'autre part, réaliser les travaux d'entretien du « précieux » patrimoine.

⁸³⁵ Circulaire du 25 juin 2003 relative aux stratégies ministérielles de réforme, *JO* 17 juillet 2003, p. 12095.

⁸³⁶ E. Marcus, « Deux ans de modernisation de l'Etat », *RFDA*, mai-juin 2007, n°3, p. 459.

⁸³⁷ Rapport G. Tron, Immobilier de l'Etat, sortir de l'immobilisme, rapport n°2457, 6 juillet 2005, Commission des finances, de l'économie générale et du Plan, Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'évaluation et de contrôle sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'Etat et des établissements publics n° 2457 déposé le 6 juillet 2005.

⁸³⁸ La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, colloque organisé par le Conseil d'Etat à l'Ecole Nationale d'administration (ENA), mercredi 6 juillet 2011.

Pour aider l'Etat dans cette tâche, de nouveaux outils ont été mis à sa disposition et des règles de gestion plus souples ont été adoptées. Un des apports majeurs du CGPPP est justement l'assouplissement des règles applicables aux cessions des immeubles. Les procédures pour pouvoir vendre les immeubles ont été rendues moins contraignantes, facilitant alors les cessions et les rentrées d'argent dans les caisses publiques. Dans cette politique de cession d'immeubles, il est aidé par le service national de France Domaine, remplaçant l'ancienne administration domaniale pilotée à l'époque au sein de la Direction générale des impôts. France Domaine est aujourd'hui placée sous la Direction générale de la comptabilité publique. Il est placé sous l'autorité des trésoriers-payeurs généraux. France Domaine va avoir un rôle important lors des cessions immobilières nationales mais également locales. Il existe, en effet, dans chaque département, un service local du Domaine qui rend des avis sur les aspects financiers des différentes opérations de ventes ou d'acquisitions de biens immeubles. France Domaine émet ainsi plusieurs avis, lorsqu'il est saisi et beaucoup d'entre eux sont des avis obligatoires à l'égard des autorités publiques destinataires.

L'Etat a également créé un Conseil de l'immobilier de l'Etat par décret du 16 octobre 2006⁸³⁹, remplaçant la Mission interministérielle de valorisation, par définition temporaire. Ce conseil, institué pour cinq ans auprès du ministre chargé des Domaines, est un organisme consultatif composé de parlementaires, de notaires et de personnalités qualifiées dans l'immobilier. Il est chargé d'orienter et d'évaluer les conduites et les cessions à opérer. Pour cela, il émet des recommandations.

Cette nouvelle politique immobilière visant à la valorisation économique s'est traduite, non seulement par des mesures institutionnelles, mais également par des mesures financières. En effet, la loi de finances de 2006⁸⁴⁰ créé un compte d'affectation spécial nommé « Gestion du patrimoine immobilier de l'Etat ». Ce compte était destiné à gérer les recettes de la cession des biens du domaine public immobilier de l'Etat. La loi de finance de 2009⁸⁴¹ a détaillé les règles en matière de recettes liées aux ventes d'immeubles de l'Etat. Cette loi est venue préciser que les produits de cession des immeubles de l'Etat seront affectés à son désendettement au moins à hauteur de quinze pour cent. Seuls certains produits domaniaux

⁸³⁹ Décret du 16 octobre 2006, n° 2006-1267, *JO* n° 242 du 18 octobre 2006, texte n°9, non publié au *JO* version papier mais disponible en version électronique sur <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁸⁴⁰ Loi de finances 2006 du 30 décembre 2005, n°2005-1719, *JO* n°304 du 31 décembre 2005, p. 20597 (article 47 plus particulièrement pour ce compte d'affectation spécial).

⁸⁴¹ Loi de finances de 2009 du 27 décembre 2008, n°2008-1425, *JO* n°302, du 28 décembre 2008, p. 20224 (article 195).

échappent à ce remboursement, comme les immeubles domaniaux mis à la disposition du ministère de la défense ou à celle du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable ou de l'aménagement du territoire et les cessions d'immeubles domaniaux situés à l'étranger.

Pour le reste, on constate que la politique immobilière de l'Etat visant la valorisation passe par des moyens radicaux et visent des objectifs à plus long terme comme celui de la réduction de la dette publique.

Cette valorisation massive touche également des biens moins connus, à savoir les biens immatériels. Les biens immatériels correspondent, par exemple, aux brevets, aux licences, aux marques, aux bases de données ou encore aux images publiques. Or, ces biens sont presque totalement ignorés par le droit des biens publics à commencer par le CGPPP. Leur qualification juridique est d'ailleurs difficile à identifier. Pourtant, ils représentent une part importante des biens de l'Etat et sont tout aussi essentiels à protéger et à valoriser. Récemment, le pouvoir réglementaire s'est intéressé à ces biens, conscient de l'enjeu qu'ils représentent. La première intervention est une circulaire prise en 2007⁸⁴² par D. de Villepin, premier ministre à cette date. Celle-ci est relative à la gestion des actifs immatériels de l'Etat qui fixe des objectifs, comme l'optimisation de l'impact de la gestion du patrimoine immatériel sur l'économie, l'accroissement des marges de manœuvres budgétaires ou encore la contribution au désendettement. Cette nouvelle préoccupation a conduit à la création de l'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat placée sous la direction du Ministère de l'économie et des finances. Une des fonctions de l'agence est notamment de recenser les actifs immobiliers de l'Etat et de mettre en place une stratégie de valorisation de ces derniers. Deux décrets concernant cette valorisation des actifs immatériels sont ensuite intervenus le 10 février 2009⁸⁴³. Le premier décret encourage la perception par l'Etat de redevances pour service rendu en contrepartie de l'utilisation par des tiers d'éléments de son patrimoine immatériel. Le second décret quant à lui organise une dérogation au principe de la non affectation des dépenses publiques à des recettes particulières. En effet, il prévoit que la

⁸⁴² Circulaire du 18 avril 2007, relative à la gestion des actifs immatériels de l'Etat, *JO* du 27 avril 2007, p. 7470.

⁸⁴³ Décrets du 10 février 2009, relatif à la rémunération de certains services rendus par l'Etat consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel n°2009-151, *JO* du 12 février 2009, p. 2505 et n°2009-157, *JO* 12 février 2009, p. 2518 ; C. Malwe, « La valorisation du patrimoine immatériel de l'Etat », note sous les deux décrets du 10 février 2009, *DA*, avril 2009, p. 32, J-D Dreyfus, « La valorisation par l'Etat de son patrimoine immatériel », *AJDA*, 13 avril 2009, p. 696 et s.

rémunération des prestations énumérées à l'article 2 du décret⁸⁴⁴ du 10 février 2009 est attribuée aux budgets de chaque ministère concerné.

Ces actifs immatériels ont été estimés pour un montant proche d'un milliard d'euros. Cette nouvelle source de valorisation n'est pas négligeable pour l'Etat et les collectivités territoriales mais n'est pas non plus sans risque. En effet, quand il s'agira de mettre à disposition ou de céder des informations, de louer des salles ou des terrains en vue de manifestations, de tournage d'œuvres audiovisuelles, il n'est pas certain que les personnes publiques résisteront à certaines dérives quant aux tarifs demandés pour service rendu.

Cela fait partie des risques qu'il faut appréhender et auxquels il va devoir faire face. La valorisation des biens des personnes publiques étant une évolution relativement nouvelle, les effets pervers sont difficilement identifiables et prévisibles.

B-De nouvelles préoccupations sous-jacentes engendrées par la valorisation économique.

Le mouvement global de la valorisation économique a entraîné de nombreux bouleversements tant dans l'organisation des services de l'Etat que dans les lois de finances mais aussi plus largement dans le droit des biens publics. La domanialité publique, notamment, a dû être repensée avec le CGPPP pour être moins rigide. Cette valorisation engendre différents mouvements et transformations du droit public des biens.

L'enjeu est de mesurer à quel point ces nouvelles exigences de valorisation, de performance et de rentabilité publique ont un impact non seulement dans la gestion quotidienne des biens publics mais aussi sur la définition du domaine public. En allant plus loin, cela engendre aussi différents changements sur le rôle de l'Etat et sur la place que l'on entend donner aujourd'hui aux services publics.

La volonté de rentabiliser l'utilisation et l'exploitation du domaine public a des effets parfois néfastes. A vouloir systématiquement tirer profit de son patrimoine, l'Etat s'expose à des conséquences plus ou moins satisfaisantes. L'intérêt est de comprendre quelles sont ces

⁸⁴⁴ Décret du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'Etat consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel, n°2009-151, JO du 12 février 2009, p. 2505.

modifications relativement négatives engendrées par ce mouvement de valorisation économique des propriétés publiques.

La valorisation économique du domaine public s'est construite par différents moyens. Le législateur est venu apporter des réponses diverses face à la conception désuète de la domanialité publique. Si nous avons montré précédemment dans quelle mesure la domanialité publique était inadaptée à la valorisation économique, nous mettrons en évidence que d'autres voies ont été exploitées.

Tout d'abord, le législateur est intervenu pour exclure du champ de la domanialité publique des biens qui se trouvaient paralysés sous l'action du régime juridique contraignant de la domanialité publique. Cette étude a été faite et concerne principalement les biens de la Poste, de France Télécom ou encore d'ADP. Tous ces biens sont désormais sortis du domaine public et même de la propriété publique puisqu'ils sont détenus par des sociétés privées, le plus souvent constituées sous la forme de sociétés anonymes.

Ensuite, le législateur a également assoupli les règles de la domanialité publique en intervenant à plusieurs reprises. En effet, les lois du 5 janvier 1988⁸⁴⁵ et du 26 juillet 1994 sont venues, comme il a été démontré, apporter des dérogations au régime de la domanialité publique en autorisant la constitution de droits réels sous certaines conditions.

Enfin, le législateur va encore plus loin avec l'adoption du CGPPP en 2006. Il assouplit certaines contraintes de la domanialité publique en élargissant par exemple l'octroi de droits réels, en facilitant les échanges ou les ventes de biens entre personnes publiques ou encore en acceptant les servitudes conventionnelles postérieures à l'affectation d'une dépendance domaniale⁸⁴⁶.

Ce bouleversement total dans la gestion des biens va permettre une réelle attraction des investisseurs privés sur le domaine public et le domaine privé. Cependant, tous ces changements sont parfois trop considérables et trop récents pour en mesurer aujourd'hui les conséquences. Il est tout de même possible de constater que cette valorisation a remis en

⁸⁴⁵ Loi du 5 janvier 1988, loi d'amélioration de la décentralisation, n°88-13, *JO* du 6 janvier 1988, p. 208 ; Loi du 26 juillet 1994, complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n°94-631, *JO* du 26 juillet 1994, p. 10749.

⁸⁴⁶ C'est l'article L. 2122-4 du CGPPP qui énonce : « Des servitudes établies par conventions passées entre les propriétaires, conformément à l'article 639 du Code Civil, peuvent grever des biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation de ceux de ces biens sur lesquels ces servitudes s'exercent. »

cause les fondements et les bases du droit administratif ainsi que certaines valeurs fondamentales auxquelles sont attachées les citoyens comme le service public.

Les nouvelles perspectives ouvertes grâce à la valorisation possible du domaine public rendent compte des transformations profondes touchant la propriété des personnes publiques. Les conséquences du mouvement de valorisation sont désormais réelles pour la plupart d'entre elles. En effet, si de nombreuses ventes ont déjà été conclues par l'Etat ou les collectivités territoriales et si ces personnes ont recours massivement à l'externalisation de leurs activités, il semble que l'on ne mesure cependant pas encore toutes les conséquences actuelles de ce phénomène.

§2 : Les limites et les effets pervers d'une valorisation à outrance.

Toute la contradiction de la valorisation économique de la propriété des personnes publiques est la suivante. D'une part, la notion d'affectation a permis cette valorisation économique en permettant à des biens de devenir la propriété de personnes privées sans pour autant cessés d'être affectés à une utilité publique. D'autre part, la notion d'affectation constitue également une limite à la valorisation économique. Une valorisation trop poussée, à l'inverse, peut conduire à menacer l'affectation des dépendances domaniales à l'utilité publique.

Ce sont les risques, notamment, à prendre en considération quand aujourd'hui l'Etat devient davantage locataire que propriétaire de ses biens. (A) C'est également le cas quand aujourd'hui, de nombreuses personnes publiques externalisent leurs activités. (B)

Ce sont ces différents mouvements qui prennent de l'ampleur, certes au profit d'une meilleure rentabilité de la propriété des personnes publiques, mais au détriment parfois de l'affectation des dépendances domaniales.

A-D'un Etat propriétaire à un Etat locataire.

Il est possible de constater ces dernières années une évolution dans le statut de l'Etat face à ces biens appartenant au domaine public ou au domaine privé. En effet, même si les prérogatives de propriétaires ont été réitérées par le CGPPP, insistant d'ailleurs sur le parallèle à faire avec le droit de la propriété privée, il n'en demeure pas moins que l'Etat se sépare d'un nombre important de biens.

La politique immobilière de l'Etat s'est peu à peu transformée laissant place à de nouvelles techniques et de nouveaux instruments utilisés par l'Etat. Le passage d'un Etat propriétaire à un Etat locataire est un constat qui peut être dressé au regard de plusieurs éléments.

Ce passage, voulu par les praticiens mais aussi par la doctrine d'un Etat moins présent et n'exerçant pas son droit de propriété sur des parcelles inutiles, montre un nouveau visage de l'Etat. On met alors en évidence des nouvelles interrogations sur son nouveau statut.

L'enjeu est de mettre en lumière que cette évolution est une conséquence de la valorisation économique voulue par les praticiens, la doctrine administrative est mise en place par le législateur. Ce mouvement, qui tend à transformer l'Etat, modifie de nombreux paramètres sans toutefois que les conséquences de ces changements ne soient mesurées.

Le premier facteur ayant permis le recul de l'Etat propriétaire est la progressive mise en avant de la notion d'affectation des biens à l'utilité publique. Or, telle est la volonté de nos propos que de démontrer à quel point le critère organique n'a pas à agir automatiquement. Il n'est pas besoin systématiquement qu'une personne publique devienne propriétaire d'un bien, nous semble-t-il, pour que l'affectation de la dépendance domaniale soit préservée. La proposition émise par nos souhaits se révèle possible en pratique. Nous l'avons démontrée à plusieurs reprises et le législateur y déroge lui même. De nombreux biens anciennement détenus par des personnes publiques sont aujourd'hui la propriété de personnes privées sans pour autant que ces biens aient perdu leur utilité. Il s'agit par exemple, des biens de la Poste,

de France Télécom ou encore d'ADP⁸⁴⁷. Ces biens ne sont plus la propriété de l'Etat mais il n'en est pas pour autant locataire.

Le deuxième facteur tendant à démontrer le recul de l'Etat propriétaire s'illustre par l'intervention du CGPPP qui fait sortir des biens du domaine public. Une des réformes les plus importantes est celle ayant placé les immeubles de l'Etat à usage de bureaux dans le domaine privé. En effet, l'utilité publique de laisser de tels immeubles dans le domaine public était difficile à justifier. Par conséquent, il a été décidé de placer tous ces immeubles dans le domaine privé des personnes publiques. La particularité de ces immeubles de bureaux, qui étaient considérés comme faisant partie du domaine public en raison de leur affectation aux différents services publics qu'ils desservaient⁸⁴⁸, est que même incorporés au domaine privé, ils conservent leur affectation publique. Une ordonnance de 2004⁸⁴⁹ va opérer ce basculement des biens immeubles à usage de bureaux dans le domaine privé. Guidé par le souci d'une gestion patrimoniale optimale, le législateur délégué a opté pour une réduction de la consistance du domaine public et l'application d'un régime juridique trop contraignant, sans pour autant renier l'affectation des biens.

Cette ordonnance a procédé au déclassement des biens immeubles à usage de bureaux de l'Etat et de ses établissements publics et le CGPPP a étendu ce phénomène à toutes les personnes publiques⁸⁵⁰. Entrent dans cette catégorie un peu particulière, tous les immeubles servant de bureaux aux agents publics même si parfois les usagers peuvent y avoir accès. Ces biens continuent d'être affectés à des services publics et pourtant, ils ne sont plus soumis au régime strict de la domanialité publique. Seuls les immeubles de bureaux, qui sont indivisibles avec des biens immobiliers appartenant au domaine public, le sont. Cette exception figure dans l'article L. 2212-1 du CGPPP. Dans ce cas de figure uniquement, les biens immobiliers à usage de bureaux restent dans le domaine public. Suivant l'endroit où vont se situer les

⁸⁴⁷ Pour France Télécom : loi du 26 juillet 1996, relative à l'entreprise nationale France Télécom, n°96-66, *JO*, 27 juillet 1996, p. 11398 et loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et de France Télécom, n° 2003-1365, *JO*, 1^{er} janvier 2004, p. 9 et pour ADP : Loi du 20 avril 2005, relative aux aéroports, n°2005-357, *JO* 21 avril 2005, p. 6969.

⁸⁴⁸ CE, 11 février 1994, Compagnie Générale la Préservatrice foncière, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 64, *AJDA* p. 548 note Dufau.

⁸⁴⁹ Ordonnance du 19 août 2004, relative au statut des immeubles à usage de bureaux et des immeubles dans lesquels est effectué le contrôle technique des véhicules et modifiant le code du domaine de l'Etat (partie législative), *JO* n°194 du 21 août 2004, p. 14946.

⁸⁵⁰ C'est l'article L. 2211-1 du CGPPP qui énonce que « Font partie du domaine privé des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du Titre Ier du livre Ier. Il en va notamment ainsi des réserves foncières et des biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public ».

immeubles, le régime domanial variera, le principe étant tout de même de les inclure au domaine privé pour faciliter leur gestion. D'ailleurs, étant inclus dans le domaine privé, des cessions de ces immeubles seront désormais possibles. Lorsque ces immeubles de bureaux appartiennent à l'Etat ou à ses établissements publics administratifs, ils peuvent faire l'objet d'une aliénation car ils font partie du domaine privé. Cependant, dans la cession, des clauses devront être prévues pour conserver cette affectation, à savoir la continuité du service public⁸⁵¹. Cette technique est une nouvelle démonstration que l'affectation peut être garantie par d'autres moyens que la soumission au régime contraignant de la domanialité publique.

L'avantage indéniable de cette technique employée par l'ordonnance de 2004 et que souligne d'ailleurs E. Fatôme⁸⁵², est que ces biens sont soumis à un régime nettement moins dérogatoire au droit commun que s'ils étaient restés au sein du domaine public. Il y a une différence fondamentale entre les biens restant affectés à un service public, mais qui font partis du domaine privé, par rapport à leur appartenance au domaine public. Au sein de ce dernier, c'est l'ensemble du régime qui est dérogatoire alors qu'au sein du domaine privé, on adapte au cas par cas les règles, si besoin pour respecter les besoins et la continuité du service public.

Cette nouvelle évolution pose, cependant un problème également émis par E. Fatôme. L'ordonnance de 2004 est absolument muette sur la question des immeubles à usage de bureaux des collectivités territoriales. Mais ce silence peut être compris non comme un refus de considérer que les collectivités territoriales et leurs établissements publics doivent incorporer de tels biens au sein du domaine public⁸⁵³. Mais, il peut être entendu comme invitant ces dernières à faire entrer les immeubles de bureaux dans le domaine privé. La logique de l'optimisation de la gestion patrimoniale est également applicable pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Le paradoxe est que des biens aliénés pour différentes raisons vont conserver leur affectation publique après la vente. Par conséquent l'Etat a encore « besoin » de ses immeubles. Il va

⁸⁵¹ Ce sont les articles L. 3211-2 et L. 3211-13 qui énoncent: article L. 3211-2 : « Les biens immobiliers à usage de bureaux mentionnés à l'article L. 2211-1, qui sont la propriété de l'Etat, peuvent être aliénés alors qu'ils continuent à être utilisés par les services de l'Etat. Dans ce cas, l'acte d'aliénation comporte des clauses permettant de préserver la continuité du service public.

L'article L. 3211-13 du CGPPP énonce: « Lorsqu'un établissement public, autre qu'un établissement à caractère industriel et commercial, envisage de procéder à la cession d'un immeuble mentionné à l'article L. 2211-1, qui continue à être utilisé par ses services, il doit recueillir l'accord préalable de l'autorité administrative compétente. Dans ce cas, l'acte d'aliénation comporte des clauses permettant de préserver la continuité du service public. »

⁸⁵² E. Fatôme, « Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004 », *AJDA*, 21 mars 2005, p. 589.

⁸⁵³ Cf. *supra* note n°852.

alors les louer pour les besoins de ses missions de services publics laissant aux personnes privées, désormais propriétaires, le soin de les entretenir et de les gérer. Vendre pour ensuite relouer : convenons que la rentabilité et l'opportunité de telles opérations économiques laissent perplexes. Pour le cas des immeubles de bureaux, l'Etat est devenu un locataire pour pouvoir assurer le fonctionnement de ses services publics alors que beaucoup d'immeubles de bureaux avaient été vendus. Or, au regard de la situation immobilière actuelle et du coût des loyers parisiens, il y a fort à parier que l'Etat doit faire face aujourd'hui à un budget important pour le poste des loyers qu'il doit payer.

Enfin le dernier grand facteur démontrant le recul de l'Etat propriétaire au profit de l'Etat locataire est la politique de vente massive d'immeubles et même de meubles et de biens immatériels. Nous l'avons évoqué précédemment, l'Etat ainsi que d'autres personnes publiques se séparent de nombreux biens autrefois leurs appartenant. Ce mouvement assez dense fait dire à certains auteurs, comme P. Yolka, que l'Etat va finir par se retrouver sans domaine⁸⁵⁴. De nombreux exemples l'attestent comme les immeubles militaires ou encore les bijoux de la République. Pour beaucoup de ventes, les raisons s'expliquent et réjouissent d'ailleurs les défenseurs de la valorisation économique du domaine public. En effet, quand il s'agit de se défaire d'immeubles vétustes, délabrés ou encore sans aucune utilité publique, le projet est alors acceptable. C'est le cas de beaucoup de ventes opérées par l'Etat comme celles des anciennes dépendances militaires devenues pour la plupart inutiles. Beaucoup de bâtiments, tels les casernes militaires, ont été vendues, notamment depuis la suppression du service militaire. C'est d'ailleurs l'armée qui a fait figure de test concernant le mouvement de cessions d'immeubles. Une véritable organisation de ces ventes s'est mise en place avec des rapports annuels et des chiffres sans cesse actualisés par la MEC⁸⁵⁵.

Les ventes ne s'arrêtent pas là. L'Etat s'est surtout séparé, dans un premier temps des biens devenus au fil du temps inutiles, ou dans un second temps se sépare aujourd'hui de biens considérés comme des bijoux de la République. Cette nouvelle tendance est problématique et interpelle⁸⁵⁶. L'Etat se sépare de nombreux « bijoux » tels que le centre de conférence de l'avenue Kléber⁸⁵⁷ ou encore en 2012 de l'hôtel de la Marine à Paris⁸⁵⁸, qui va être mis en

⁸⁵⁴ P. Yolka, « Un Etat sans domaine ? », *AJDA*, 26 mai 2003, p. 1017 et surtout voir, P. Yolka: « Les ventes immobilières de l'Etat », *RDP*, n°4, 2009, p. 1037 et s.

⁸⁵⁵ MEC : Mission d'évaluation et de contrôle de l'Assemblée nationale sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'Etat et des établissements publics : voir <http://www.minefi.gouv.fr>.

⁸⁵⁶ D. Buffier, « Vente du patrimoine public, l'Etat, bon père de famille ? », *Le Monde*, Mardi 6 février 2007, p. 21.

⁸⁵⁷ Centre historique (hôtel Majestic) car il accueillit de 1968 à 1973 les négociations qui mirent fin à la guerre du Vietnam.

⁸⁵⁸ P. Yolka, « Reconversion de l'hôtel de la Marine, le bateau ivre ? », *AJDA*, 7 mars 2011, p. 429 et s.

location. Cette dernière opération fait l'objet de vifs débats. En effet, ce bâtiment de 716 pièces sur 24 000 mètres carrés de surface est un bien précieux. Le projet serait de le donner à bail à une personne privée qui prendrait en charge les nombreux travaux de rénovation nécessaire et verserait à l'Etat une redevance de quelques centaines de millions d'euros. Cet immeuble appartenant au domaine privé de l'Etat, fera l'objet, sans doute d'un bail emphytéotique administratif de valorisation, outil créé très opportunément par le législateur à l'été 2011⁸⁵⁹ et permettant de répondre parfaitement à ce que désirait l'Etat pour cet hôtel.

Nous sommes loin de la logique initiale de valorisation économique. Si à l'origine, l'Etat cherchait à se désendetter et à alléger les dépenses d'entretien de ces bâtiments devenus inutiles, les motivations sont aujourd'hui différentes. Or, on est en droit de se poser plusieurs questions relatives à ces ventes massives, qui n'ont jamais été si nombreuses que depuis l'Ancien Régime. D'une part, si l'Etat vient à relouer pour les besoins de ses services des bureaux, peut-on s'assurer que systématiquement, des clauses *ad hoc* seront intégrées pour garantir les exigences du service public ? C'est sur la vérification du respect de ces exigences que nous sommes plus sceptiques. D'autre part, vendre pour relouer, est-ce une bonne stratégie ? Au début des années deux mille, quand la politique de ventes immobilières a commencé, cela pouvait être une bonne opération. Le marché était propice à la vente et aux achats avec des loyers modérés. Aujourd'hui, les opérations ne sont pas aussi rentables. Si pour Paris, le marché de la vente permet des prix élevés, les achats sont moins fréquents. Du côté des locations, elles sont très coûteuses ce qui n'est alors pas rentable pour les finances publiques en cette période de crise⁸⁶⁰.

Outres ces ventes massives, l'Etat recourt également à la mise à disposition et à la gestion par des personnes privées de biens importants.

⁸⁵⁹ Loi du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, n° 2010-853, article 11, *JO* du 24 juillet 2010, p. 13650.

⁸⁶⁰ Cette situation est d'ailleurs dénoncée par différentes instances de contrôle comme le montre le rapport spécial sur la gestion du patrimoine immobilier de l'Etat remis par Y. Deniaud, novembre 2008, Assemblée Nationale, n° 1198.

B-L'externalisation fréquente des activités des personnes publiques.

Le terme externalisation est souvent entendu dans un autre domaine, à savoir celui des entreprises économiques. En droit des affaires, l'externalisation est entendue comme une opération économique consistant « pour un opérateur économique, à confier à un ou plusieurs autres opérateurs indépendants telle ou telle des activités ordinairement intégrées dans une même entreprise (fabrication, transport, comptabilité, gestion informatique, etc.) afin de profiter au maximum des ressources extérieures du marché (moindre coûts, avantages fiscaux), et de se consacrer à celle des activités qu'il se réserve (ex. conception des modèles, marketing), division du travail dont les conséquences économiques et sociales dépendent du montage choisi (délocalisation, création de filiales, partenariat, transferts d'actifs et de personnels) et la réalisation juridique s'inscrit dans la durée moyennant le truchement des contrats les plus divers (sous-traitance). »⁸⁶¹

L'externalisation est alors un outil de gestion permettant de déléguer à un tiers des fonctions non essentielles et peu rentables. Les personnes publiques utilisent sans le savoir cette technique. Mais aujourd'hui, au nom de la maîtrise des dépenses publiques, elles se demandent si elles ne doivent pas davantage y avoir recours pour des missions non régaliennes⁸⁶².

Le phénomène de l'externalisation est pourtant observable en droit des biens publics. Si ce phénomène s'intensifie, il existe depuis de nombreuses années. Cependant, cette externalisation se développe dans des domaines encore inexploités, ce qui n'est pas sans conséquence sur la gestion des biens. Cette nouvelle forme de gestion des biens prend aujourd'hui une place de plus en plus imposante et il faut se demander en quoi elle peut être une forme de valorisation des biens mais en quoi elle peut être également un danger pour la gestion et l'affectation des dépendances domaniales.

⁸⁶¹ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, édition, n°09, 2011 : entrée externalisation.

⁸⁶² P. Lignières et L. Babin, « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'Etat », *DA*, mai 2002, p. 37.

Pour J-D Dreyfus, l'externalisation est « l'opération par laquelle une personne publique confie, à un opérateur extérieur à l'administration, une activité ou un service qu'elle prend normalement en charge ». ⁸⁶³

Le recours à cette technique est ancien notamment en ce qui concerne l'obligation de fournir de l'eau aux administrés. En la matière, les collectivités territoriales ont eu recours à des entreprises privées dès le dix-neuvième siècle. Toutes les activités réputées difficiles et techniquement ardues ont été confiées à des entreprises privées. Par exemple, le traitement des eaux usées ou encore le ramassage et le traitement des déchets. En pratique, cette externalisation se traduisant à l'époque, et c'est encore le cas aujourd'hui, par des contrats conclus entre personnes publiques et personnes privées, pouvant parfois se traduire par la conclusion de concession de service public.

Ces dernières années, le mouvement d'externalisation s'intensifie pour des activités parfois secondaires qui en outre, ne présentent pas de difficultés particulières. Nous en trouvons des exemples dans les transports publics, la restauration scolaire, les maisons de retraite. Plus récemment encore, c'est dans le milieu de l'informatique que les personnes publiques délèguent la gestion et l'exploitation des sites internet ⁸⁶⁴.

Les personnes publiques y recourent de plus en plus car en contrepartie elles vont pouvoir améliorer et moderniser leur patrimoine, autrement dit participer à sa valorisation. Cette opération d'externalisation, que les personnes publiques semblent pratiquer depuis longtemps avec la concession de travaux publics ou de services publics, ne doit pas se confondre avec la privatisation. En effet, en externalisant c'est l'activité au sens matériel du terme qui est privatisée. Dans la privatisation, c'est non seulement l'activité au sens matériel du terme qui est privatisée mais c'est aussi l'élément organique qui est confié tout entier au secteur privé, c'est-à-dire l'entreprise ⁸⁶⁵.

En choisissant l'externalisation, les personnes publiques souhaitent non seulement faire participer les personnes privées à leurs investissements et à leurs coûts de fonctionnement mais elles souhaitent aussi réaliser des gains permettant la valorisation de leurs patrimoines. Cette opération va plus loin qu'une simple délégation de service public ou qu'une concession

⁸⁶³J-D Dreyfus, « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1214.

⁸⁶⁴ Constat opéré par H. Tricot, « Externalisation : que restera-t-il à gérer aux communes ? », *Maires de France*, n°136, septembre 2002, suppl. Equipements et services, p. 15 et s.

⁸⁶⁵ Cf. *supra* note n°862.

de travaux publics en ce qu'elle confie une mission globale à l'opérateur privé en contrepartie d'avantages plus conséquents que dans d'autres contrats de droit public.

La forme des contrats choisis par les personnes publiques qui veulent externaliser des activités est parfois le marché public, tout en sachant que l'investissement privé est alors interdit. Elles utilisent aussi la délégation de service public qui permet le recours à l'investissement privé. Cependant, les activités « externalisables » par les personnes publiques ne doivent pas, en principe, revêtir le caractère d'un service public. Elles recourent alors à des contrats sur mesure, dits *sui generis*. Dans la plupart des cas, ces contrats ont été conçus pour déroger aux règles de la publicité et de la concurrence. Les praticiens ont mis en place des systèmes ingénieux comme des contrats de mobiliers urbains ou des marchés d'entreprises de travaux publics. Mais la jurisprudence est venue condamner à plusieurs reprises ce type de contrats⁸⁶⁶. La jurisprudence a également dû préciser ce qu'il fallait entendre par activités « externalisables ». Le premier critère utilisé pour déterminer si une activité peut être externalisée est de voir si cette activité est régaliennne. Par exemple, on peut rappeler que l'activité de la police, qu'elle soit d'ailleurs administrative ou judiciaire, n'est pas déléguable à des personnes privées⁸⁶⁷. Tout ce qui touche les activités en lien avec la souveraineté de l'Etat, comme la sécurité publique, l'ordre public, le fisc ou la défense nationale ne peuvent pas, en principe, être externalisées⁸⁶⁸. L'externalisation ne sera pas non plus envisageable pour des activités qui concernent certains droits essentiels comme les libertés individuelles, celle d'aller et venir ou encore la régulation économique.

En France, à la différence de la Grande-Bretagne ou des Etats-Unis, il n'y a pas d'automatisme dans le fait de confier une activité à une personne privée. Ceci ne relève pas de la tradition française. Pour les pays anglophones, toute activité est susceptible d'externalisation. Un calcul coût-avantages détermine si l'activité en question est plus rentable en régie ou gérée par des personnes privées⁸⁶⁹. L'approche est différente dans ces Etats où la tendance libérale est plus ancrée qu'en France.

⁸⁶⁶ METP qualifié de marché public : CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, Rec. Conseil d'Etat, p. 137.

⁸⁶⁷ CE, 17 juin 1932, ville de Castelnaudary, Rec. Conseil d'Etat, p. 595 ; CC, 9 avril 1946, n°96-375DC, JO du 13 avril 1946, p. 5730 et CC, 25-26 juin 1986, n°86-207 DC, Rec. p. 61. Décisions qui précisent que le service public de la défense fait partie des services publics dont l'existence et le fonctionnement sont exigés par la Constitution. Par conséquent, la délégation est interdite.

⁸⁶⁸ J-B Auby, « Problématiques de l'externalisation », *DA*, juin 2008, p. 1.

⁸⁶⁹ Cf *supra* note n°868, p.2.

Aussi, arrivons-nous à la question cruciale relative aux biens affectés plus particulièrement à un service public. En effet, si nous avons précisé le domaine de prédilection des activités potentiellement « externalisables », des activités plutôt secondaires pour les personnes publiques, un nouveau phénomène se développe, l'externalisation appliqué au service public.⁸⁷⁰ Cette externalisation des biens affectés au service public semble *a priori* difficile voire impossible. Pourtant, ce phénomène est bien réel. Les personnes publiques vont utiliser, pour le fonctionnement de leurs services publics, des ouvrages ou des installations qui appartiennent à des personnes privées.

L'externalisation de ce type de biens mérite d'être examinée sous l'angle de leur affectation à l'utilité publique. Ne pouvant appartenir au domaine public comme l'affirme E. Fatôme⁸⁷¹, ces biens appartenant à des personnes privées ne peuvent dès lors faire partie du domaine public, le critère organique faisant défaut. Cette solution est aujourd'hui de plus en plus fréquente. Les personnes publiques encouragées dans cette voie par le législateur, préfèrent recourir à des techniques de financement privé pour leurs équipements publics. Ces pratiques ont toujours existé. En effet, les personnes publiques ont souvent préféré faire construire des équipements par des personnes privées dans le cadre de délégations de service public ou louer des immeubles pour y installer leurs bureaux. Mais, l'essentiel de ces pratiques se concentrait auparavant sur des biens non essentiels au service public. La situation actuelle est assez paradoxale. Des biens dont l'affectation à un service public, complétés par des aménagements indispensables, vont, d'une part, être la propriété de personnes privées, et d'autre part, vont pouvoir être utilisés par des personnes publiques. Cette situation est possible car le législateur est venu depuis plus de dix ans apporter des dérogations au principe selon lequel des biens affectés à un service public et spécialement aménagés à cet effet doivent faire partie du domaine public. Non seulement le CGPPP énonce cet état du droit⁸⁷², mais la jurisprudence le reconnaît. L'arrêt du Conseil d'Etat en date du 21 avril 1997⁸⁷³ est significatif sur ce point.

⁸⁷⁰ E. Fatôme, « Externalisation et protection des biens affectés au service public ; le point de vue d'un universitaire », *AJDA*, 14 mai 2007, p. 959 et s.

⁸⁷¹ Cf. *supra* note n°870.

⁸⁷² C'est l'article L. 2111-1 du CGPPP qui énonce : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens qui lui appartenant sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

⁸⁷³ CE, 21 avril 1997, Sagifa, *RFDA*, 1997, p. 935, note E. Fatôme et P. Terneyre ; *RDI*, 1997, p. 418, obs. J-B Auby et C. Maugué. On peut lire dans l'arrêt que : « l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté. »

Dans le même sens, les avis du Conseil d'Etat de 1989 et 2005⁸⁷⁴ affirment que les installations strictement nécessaires au déroulement du service public doivent appartenir aux personnes publiques et obligatoirement être retournées en cas de concession ou de délégation de service public.

Cet état du droit fait l'objet de nombreuses dérogations législatives déjà étudiées. Premièrement, le législateur est intervenu pour déroger à l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public. Par l'intermédiaire de différents contrats comme les baux emphytéotiques ou les contrats de partenariat, les personnes publiques peuvent faire financer des équipements publics par des personnes privées. Pendant toute la durée du contrat ces personnes privées resteront gardiennes des équipements.

Deuxièmement, le législateur est intervenu pour transformer d'anciens établissements publics en sociétés anonymes tout en conservant une activité de service public. Les biens anciennement propriété d'une personne publique sont désormais la propriété de personnes privées qui doivent veiller au bon fonctionnement du service public en question⁸⁷⁵.

Ce principe d'interdiction de l'externalisation des biens affectés à un service public est aujourd'hui relatif. De nombreuses dérogations existent et brouillent plus ou moins les frontières. Plutôt que de considérer cela comme des exceptions, ne pourrait-on pas envisager que le critère organique, c'est-à-dire la propriété publique, n'est pas indispensable pour que les biens puissent appartenir au domaine public ou considérer que des biens affectés à un service public puissent appartenir à des personnes privées.

En pratique, ceci est possible. En effet, les contraintes liées aux exigences de l'existence et de la continuité du service public peuvent être garanties dans les contrats passés avec les personnes privées ou par l'intermédiaire de l'Etat actionnaire.

L'externalisation des biens affectés à un service public est possible sous réserve de prévoir des clauses de sauvegarde du service public et par conséquent de l'affectation des dépendances domaniales. C'est ce que fait le législateur quand il prévoit le déclassement de biens qui, appartenant au domaine public sont transférés dans le patrimoine de personnes privées. Celui-ci prévoit alors un régime juridique de substitution à la domanialité publique pour préserver l'affectation des biens au service public⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ CE, Avis, 30 mars 1989, req. n° 345322, « TGV Sud-Est, *Les Grands avis du Conseil d'Etat*, 2^{ème} édition, 2002, p. 213 et CE, Avis, 19 avril 2005, *EDCE*, 2006, p. 197.

⁸⁷⁵ Voir pour illustrer ces propos nos développements dans les deux chapitres précédents.

⁸⁷⁶ Voir par exemple pour le cas de France Télécom les lois suivantes : Loi du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, n° 96-66, *JO* 27 juillet 1996, p. 11398 et la loi du 31 décembre 2003

En la matière les réticences concernent davantage les contrats permettant de recourir à l'externalisation de différents équipements⁸⁷⁷. Certes, les exigences liées au service public dans ces contrats comme par exemple le contrat de partenariat, les conventions-bail, devront être présentes mais des incertitudes persistent. A long terme, on ne sait ni comment ces exigences seront préservées ni comment se retourner en cas de dégradation du service public en question. Les clauses qui doivent être insérées dans les contrats pour permettre la préservation de l'affectation des biens au service public sont-elles efficaces? Par quels moyens les collectivités gardent-elles un droit de regard sur ces contrats? Les tiers et les usagers de ces services publics ont-ils les mêmes recours que lorsque ce dernier est géré par une personne publique? Toutes ces questions demeurent aujourd'hui essentielles mais nous avons peu de recul encore sur ces contrats de partenariats ou ces convention-bail. C'est pourtant un enjeu essentiel et qui devra guider les personnes publiques dans le choix de recourir ou non à l'externalisation des biens encore affectés à un service public. Il en va de l'avenir du service public et de la légitimité de l'Etat.

L'analyse de ces différentes transformations, à la fois du rôle de l'Etat et de la conception actuelle du domaine public, fait prendre conscience du chemin parcouru quant à la perception des biens du domaine public et du domaine privé. Au départ conçu pour une utilisation essentiellement collective, les biens du domaine public étaient gérés dans une optique purement administrative où s'exerçait de manière privilégiée le pouvoir de police administrative. Petit à petit, les notions de valorisation et de richesse économique du domaine public ont émergé et ont fait prendre conscience aux personnes publiques qu'une affectation des biens à l'utilité publique n'était pas incompatible avec une exploitation économique du domaine public. Mais, cette valorisation se développe à l'excès ces dernières années et montre ainsi ses limites. L'apparition d'un Etat locataire, externalisant beaucoup d'activités et de biens affectés à un service public, annonce de futures difficultés et est sources d'inquiétudes quant à la protection de cette affectation.

relative aux obligations de service public des télécommunications et de France Télécom, n° 2003-1365, *JO* 1^{er} janvier 2004, p. 9. Pour le cas d'Aéroport de Paris : Loi du 20 avril 2005, relative aux aéroports, n°2005-357, *JO* 21 avril 2005, p. 6969.

⁸⁷⁷ Cf. *supra* note n°863.

C'est pourquoi, face aux pressions à la fois internes et externes, il faut tenter de restaurer la conception d'un Etat fort et garant de l'intérêt général, autrement dit l'idée d'un domaine éminent de l'Etat sur cette question.

Section II : La pression incessante du droit interne et du droit communautaire sur l'enjeu de la valorisation économique.

La valorisation économique des biens des personnes publiques est désormais une notion établie et reconnue en droit positif. Les personnes publiques ont mis du temps à prendre conscience de l'enjeu de l'exploitation de leurs biens, elles y ont été largement poussées par les institutions françaises, certes, mais dans une plus large mesure par les instances communautaires.

La pression européenne a été sans aucun doute un facteur déterminant dans la prise en compte de l'aspect économique et financier de la gestion domaniale. A la différence de la conception traditionnelle de la gestion du domaine public, l'Union européenne a une approche beaucoup plus libérale. Or, beaucoup de normes européennes se sont imposées aux personnes publiques, notamment en ce qui concerne la conception du service public et l'introduction du droit de la concurrence dans des activités jusqu'alors épargnées par cette préoccupation. (§1)

Dès lors, si des éléments intéressants à prendre en compte ont parfois amélioré la gestion domaniale, beaucoup d'autres sont contestables vis-à-vis de la protection de l'affectation des dépendances domaniales. L'Etat doit retrouver toute sa place et son rôle doit être mieux défini afin de ne pas se détourner d'un élément fondamental : le respect de l'intérêt général qui passe par la protection de l'affectation. (§2)

§1 : Des logiques françaises et européennes de valorisation différentes.

L'instauration de la valorisation économique des biens des personnes publiques s'est réalisée, en partie, sous la contrainte des exigences du droit européen et, dans une moindre mesure, sous l'influence du législateur français, traduisant ces exigences.

La valorisation économique des biens s'est faite de manière assez libérale en raison d'une conception différente du service public à l'échelle européenne par rapport au droit positif interne. De plus, le droit communautaire a exigé, en matière d'occupation domaniale principalement, le respect du droit de la concurrence, ce qui a permis davantage d'égalité entre les occupants et les candidats aux contrats publics. Cela n'est pas sans heurts pour l'affectation des dépendances domaniales.

A-Une différence notable de conception du service public.

Notion à part entière du droit administratif général, le service public joue un rôle important dans la définition même du domaine public et dans la protection qu'il s'agit de donner aux biens affectés à un service public. Nous avons en effet pu constater qu'en droit public des biens, les mouvements et les réformes concernaient surtout les biens affectés à satisfaire les exigences du service public. Comprendre la notion de service public est fondamental.

Or, cette notion connaît depuis un certain temps une crise de son identification non seulement en raison de la référence à son critère organique mais aussi par rapport à son critère matériel. Cette crise a été accentuée, en outre par les conceptions françaises et européennes de la notion, qui sont sensiblement différentes.

La conception européenne a eu des répercussions en droit interne et notamment en droit des biens publics. De même, il ne faut pas oublier de dénoncer les dérives que le droit communautaire véhicule sur les services publics et leur gestion.

Le service public « à la française » est une tradition. Il traduit depuis le milieu du dix-neuvième siècle, le rôle particulier conféré à l'Etat comme celui d'intervenir dans la sphère économique pour en pallier les manques. L'Etat ne se limite plus à ses missions régaliennes mais prend également en charge l'enseignement, les chemins de fer par exemple. L'Etat est également intervenu dans de nombreux domaines, traduisant la volonté d'établir une solidarité nationale. Le service public s'est alors révélé être l'outil adéquat pour assurer ce nouveau rôle, correspondant à l'idée d'un Etat Providence. Le service public avait alors une légitimité politique, économique mais également juridique car autour de cette notion, le Conseil d'Etat et l'ensemble des juridictions administratives ont imposé des règles et des droits⁸⁷⁸. Le service public a connu un âge d'or. Les citoyens s'y sont profondément attaché. La défense du service public est d'ailleurs aujourd'hui encore un thème populaire. La diversité des services publics est impressionnante et s'est élargie après la deuxième guerre mondiale quand l'Etat a développé ses missions certes économiques mais aussi sociales et culturelles. En cette période de pénurie, les besoins à satisfaire étaient nombreux, justifiant l'intervention de l'Etat et des collectivités territoriales qui ont pris le relais au niveau local de façon remarquable.

Au début mais surtout au milieu du vingtième siècle, le service public a trouvé sa place au sein de grandes entreprises publiques mais aussi dans les administrations, formes privilégiées de prise en charge du service public aux côtés des établissements publics. Les administrations et les établissements publics administratifs ont principalement géré des services publics administratifs tandis que les services publics industriels et commerciaux étaient confiés à des entreprises publiques. Dans une moindre mesure, les services publics ont été pris en charge par des personnes privées, sous la forme de concession de service public. Cette technique juridique a été précieuse pour faciliter, en partie, de vastes projets tels que les réseaux d'eaux et d'assainissement ou encore la gestion des déchets. Faire participer les capitaux privés a été alors une ressource non négligeable.

M. Guenaire⁸⁷⁹ présente ainsi la spécificité du service public à la française. Qu'elle soit supportée par une personne publique ou privée, l'activité de service public fait de toute façon référence à des règles, en tout ou partie, de droit public et à un contrôle par les personnes publiques responsables du service public. Les personnes publiques n'ont jamais revendiqué les monopoles de la gestion du service public et elles ont su efficacement trouver un compromis avec les personnes privées et le droit privé.

⁸⁷⁸ M. Guenaire, « Le service public au cœur du modèle de développement français », *JCP A*, n°20, 16 mai 2005, p. 789 ; dans le même sens : C. Coppolani, « La conception française du service public : défaite ou conquête ? », *JCP A*, n°16-18, 16 avril 2007, p. 34.

⁸⁷⁹ Cf. *supra* note n°878.

Cependant, le service public n'a pas su résister à la tendance libérale européenne⁸⁸⁰. La conception traditionnelle du service public, s'identifiant par une activité d'intérêt général exercée par une personne publique avec des prérogatives de puissance publique, s'est peu à peu décousue laissant place à des activités d'intérêt général prises en charge par des personnes privées, reconnues comme exerçant un service public⁸⁸¹ mais ayant pourtant un caractère industriel et commercial⁸⁸². Non seulement, l'aspect organique s'est délité puisque le service n'est plus le monopole des personnes publiques, mais il en va de même du critère matériel, car le service public ne signifie plus obligatoirement une activité purement administrative, elle peut être également une activité industrielle et commerciale. Ces différentes évolutions marquent davantage un problème d'identification que d'existence du service public. Aujourd'hui, il y a même reconnaissance d'une activité de service public si une personne privée la prend en charge, en l'absence de prérogatives de puissance publique⁸⁸³. Auparavant, une personne privée pouvait être reconnue comme exerçant une activité de service public si elle avait en charge une activité d'intérêt général, soumise à un contrôle de la personne publique, titulaire de prérogatives de puissance publique⁸⁸⁴. La nécessité de posséder des prérogatives de puissance publique comme le droit de résiliation, ou celui d'insérer des clauses dérogatoires au droit commun dans des contrats, n'est plus une condition pour satisfaire la définition même d'un service public.

Si la définition du service public en France s'est élargie, répondant indéniablement à l'évolution de la société, il n'en demeure pas moins, qu'elle reste éloignée de la conception européenne du service public. Cette évolution libérale, induite par les instances européennes, est la cause d'une grave crise du service public et de la pérennité de la conception traditionnelle du service public en France. La mise en place d'un marché commun, supprimant toutes les entraves à la concurrence est l'un des objectifs essentiels de la construction européenne, surtout depuis les années quatre-vingt. Or, au sein d'activités jusque là exercées sous la forme de service public et parfois même en situation de monopole par les personnes publiques, la Commission européenne, en réponse aux exigences des traités européens, a introduit le droit de la concurrence mettant en péril le service public.

⁸⁸⁰ J. Caillosse, « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », *AJDA*, 20 février 2000, p. 99 et s.

⁸⁸¹ CE, Ass. 13 mai 1938, Caisse Primaire « Aide et Protection », Rec. Conseil d'Etat, p. 417.

⁸⁸² TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'ouest africain, Rec. p. 91, *D.* 1921, 3, p. 1, conclusions Matter.

⁸⁸³ CE, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, *DA*, n°4, avril 2007, commentaire 64, p. 36.

⁸⁸⁴ CE, Section, 28 juin 1963, Narcy, Rec. Conseil d'Etat, p. 401 ; *AJ*, 1964, p. 91, note de Laubadère ; *RDP*, 1963, p. 1186, note M. Waline.

Nulla part, dans les traités européens, ne figure la notion de service public et encore moins la conception traditionnelle française de celui-ci. En droit européen, la définition du service public répond à une logique libérale. La notion qui se rapprocherait le plus du service public en droit communautaire serait le service public industriel et commercial français même si ce dernier est encore plus large que le service public européen. Le droit communautaire fait référence pour les services publics, au service universel et au service d'intérêt économique général. Toutefois, même en droit européen, ces services publics sont soumis au droit de la concurrence, sauf exception si « l'application de ces règles faisait obstacle à l'accomplissement en droit et en fait de la mission particulière qui lui a été impartie. »⁸⁸⁵ Par conséquent, en droit interne français la conception classique du service public n'a pas résisté. La plupart des interventions publiques dans la sphère privée et économique ont été remises en cause notamment dans les activités dites en réseaux telles que le gaz, l'électricité, les télécommunications. Les directives européennes ont imposé aux membres de l'Union européenne d'interdire toutes formes d'aides d'Etat considérées comme des entraves à la concurrence. Tout simplement l'idée du service public est combattue par la Commission Européenne qui adopte une conception purement libérale des activités étatiques.

Les préoccupations se concentrent sur les biens qui, aujourd'hui, entre les mains de personnes privées, demeurent affectés à un service public ou à des exigences constitutionnelles françaises de service public. Outre cette crise d'existence du service public, un autre problème touche indirectement ces biens, celui du capitalisme financier et de la financiarisation des contrats confiant la gestion des missions de service public à des personnes privées. Comme le dénonce M. Guenaire⁸⁸⁶, les banques deviennent les décideurs et sont amenées à prendre des décisions pour la gestion des services publics.

Derrière les concessions, les délégations de service public ou encore les nouveaux contrats de partenariats public-privé, ce sont des personnes privées qui gèrent les services publics. Celles-ci font appel à des banques de plus en plus puissantes. Ainsi, si une activité n'est pas rentable les établissements de crédit n'hésitent pas à imposer de nouveaux choix économiques au détriment parfois du service public en question. Pourtant, la crise financière actuelle a mis en lumière la fragilité des banques et le risque de faillite.

⁸⁸⁵ Article 90§2 du traité de l'Union Européenne. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes a d'ailleurs précisé cet article en apportant une légère protection à des entreprises en charge de SIEG. Mais, précisons tout de même que ces protections n'ont rien de comparable à celles du service public à la française : CJCE, 19 mai 1993, Corbeau, rec. CJCE 1993, I, p. 2563 et CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almeno, rec. CJCE, 1994, I, p. 1477.

⁸⁸⁶ Cf. *supra* note n°878.

Pour les biens détenus par ces personnes privées et qui sont encore affectés à un service public, il existe un réel danger. Certes, il ne faut pas nier les aspects positifs de la valorisation économique du domaine public, qui a notamment attiré les investisseurs privés sur les dépendances domaniales en leur octroyant des droits réels et a contribué au financement de nombreux équipements et ouvrages publics comme les réseaux d'eaux ou plus récemment à celui d'hôpitaux ou de gendarmeries. Si on a pu constater que pour être protégé, un bien ne doit pas systématiquement être incorporé au domaine public et soumis au régime contraignant de la domanialité publique, il n'empêche que la condition indispensable, notamment pour le Conseil Constitutionnel⁸⁸⁷, est bien celle que la protection de l'affectation soit respectée. L'absence de personnes publiques ne justifie en rien la négligence à l'encontre des biens privés affectés à l'utilité publique.

La gouvernance bancaire ne doit s'appliquer aux biens privés affectés à un service public que sous le contrôle du législateur. Nous avons relevé qu'en ce qui concerne le droit communautaire, les pressions se sont fait ressentir ardemment en droit interne, surtout sur la notion de service public, notion en étroite imbrication avec le droit des biens publics. Cette pression a conduit le législateur français à opérer de nombreuses réformes, tant du point de vue de l'organisation même des services publics que de leur financement, mais cela a conduit les personnes publiques à intégrer une logique concurrentielle, en ce qui concerne le domaine public, ce qui n'est pas sans conséquence pour l'affectation des dépendances domaniales.

B-Une incitation à la mise en concurrence des occupants et des prestataires sur le domaine public.

La valorisation économique du domaine public a eu de nombreuses répercussions comme celle d'appliquer le droit de la concurrence à ce dernier. Afin de permettre la valorisation la plus rentable possible et l'ouverture d'un marché commun, les instances européennes ont exigé une transparence dans les actes des personnes publiques et dans leurs actes de gestion domaniale. La prise en compte du droit de la concurrence dans la légalité des décisions

⁸⁸⁷ E. Fatôme, note sous CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, n°2003-473 DC, *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1404 et CC, 14 avril 2005, n°2005-513 DC, rec. p. 67 ; *LPA*, 6 mai 2005, p. 5, comm. J-E. Schoettl ; *AJDA*, 2006, p. 178, comm. E. Fatôme.

administratives va en quelque sorte contraindre les personnes publiques dans leur gestion et dans le choix des prestataires sur le domaine public.

Cette prise en compte aboutit à une sélection, certes plus transparente candidats et des prestataires pouvant s'établir sur le domaine public, mais cela emporte des conséquences néfastes, comme celle d'une recherche de rentabilité toujours plus poussée au détriment de la qualité du service public.

L'enjeu est alors de comprendre que l'introduction du droit de la concurrence au sein des propriétés publiques et plus particulièrement du domaine public a permis une gestion plus transparente du domaine public⁸⁸⁸. Il n'en demeure pas moins que la recherche systématique de la mise en concurrence n'est pas toujours possible ou qu'elle peut aussi ne pas être efficace.

L'insertion de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative trouve son origine, en 1997, dans un arrêt du Conseil d'Etat⁸⁸⁹. Le juge administratif à partir de cet arrêt accepte de contrôler la légalité d'un acte administratif au regard des dispositions de l'ordonnance de 1986⁸⁹⁰. Par conséquent, cette ordonnance établissant le droit de la concurrence se trouve incorporée au bloc de la légalité administrative. C'est le premier pas vers l'introduction du respect de la concurrence au sein des actes des personnes publiques. L'ordonnance de 1986 est une prescription interne du respect du droit de la concurrence mais viendront ensuite des prescriptions communautaires.

Le Conseil d'Etat va encore plus loin en 1999⁸⁹¹. Il énonce que l'administration, en tant qu'opérateur, doit se soumettre au respect des principes et des exigences du droit de la concurrence, concernant l'affectation de dépendances qu'elle consent⁸⁹². Il n'est pas question pour une personne publique d'accorder un avantage à une personne privée qui viendrait

⁸⁸⁸ Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, n°93-122, *JO* du 30 janvier 1993, p. 1588.

⁸⁸⁹ CE, 3 novembre 1997, Société Million et Marais, rec. Conseil d'Etat, p. 406, *CJEG* 1997, p. 441, concl. J-E. Stahl ; *AJDA*, 1997, p. 945 ; *RDJ*, 1998, p. 256, note Y. Gaudemet.

⁸⁹⁰ Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, n°86-1243, *JO* du 9 décembre 1986, p. 14773.

⁸⁹¹ CE, 26 mars 1999, Société EDA contre Aéroport de Paris, rec. Conseil d'Etat, p. 96 ; *AJDA* 1999, p. 427, concl. J-E. Stahl et note M. Bazex ; *CJEG* 1999, p. 264, *RDJ*, 1999, p. 1545, note C. Manson.

⁸⁹² On peut lire le considérant suivant dans l'arrêt du 26 mars 1999 : « Considérant que s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendance du domaine public de gérer celle-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe, en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ».

s'installer sur le domaine public pour y exercer une activité commerciale ou industrielle. Dans le choix des futurs occupants du domaine public, les personnes publiques n'ont plus toute la latitude qu'elles avaient. Elles ne peuvent plus octroyer des positions dominantes injustifiées à des prestataires privées, qui seraient alors en situation d'abus de cette position⁸⁹³.

Cependant, il existe un débat récurrent en droit interne sur le fait de savoir si l'octroi des autorisations d'occupation du domaine public doit être soumis aux formalités de publicité et de mise en concurrence. Ces formalités ne sont pas obligatoires tant que n'est pas en jeu la délivrance d'une activité de service public⁸⁹⁴. Considéré comme l'expression du droit de propriété de la personne publique, la majorité de la doctrine énonce que les formalités ne sont pas obligatoires, contrairement à la célèbre décision de la CJCE du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress* à ce sujet.⁸⁹⁵ L'idée est que la délivrance de telles autorisations soit susceptible de pouvoir octroyer des ressources rares. Beaucoup de praticiens considèrent qu'il serait alors possible de soumettre ces autorisations à la mise en concurrence. Pourtant la jurisprudence est constante sur cette question et considère que, pour l'instant, ce n'est pas obligatoire comme l'énonce le Conseil d'Etat le 3 décembre 2010 dans son arrêt *Ville de Paris contre Association Jean Bouin*⁸⁹⁶. Bien que certaines juridictions du fond ont tenté de rendre ces procédures obligatoires face à la délivrance d'autorisations d'occupation du domaine public⁸⁹⁷.

Nonobstant cet arrêt du Conseil d'Etat, le CGPPP ne traite pas de la question de la soumission des autorisations d'occupation du domaine public à la mise en concurrence. Les principaux auteurs du code n'ont pas jugé nécessaire d'intégrer de telles règles dans la mesure où aucune nécessité juridique ne l'exigeait⁸⁹⁸. Ils énoncent que « la jurisprudence communautaire n'impose pas, aujourd'hui, de mettre de façon générale en concurrence les autorisations d'occupation du domaine public. »⁸⁹⁹ L'arrêt *Société EDA* du Conseil d'Etat en 1999⁹⁰⁰

⁸⁹³ G. Gonzalez, « Domaine public et droit de la concurrence », *AJDA*, 20 mai 1999, p. 395.

⁸⁹⁴ Cf. *supra* note n°888.

⁸⁹⁵ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, affaire C-324/98, *AJDA*, 2001, p. 106, note L. Richer.

⁸⁹⁶ CE, Section, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Jean Bouin*, Rec. Conseil d'Etat, p. 472; *RDI*, 2011, p. 162. Le considérant est clair à ce sujet : « Aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel. »

⁸⁹⁷ TA Paris, 30 mai 2007, Préfet de Paris, n°0516131 et TA de Nîmes, 24 janvier 2008, *Société des trains touristiques*.

⁸⁹⁸ C. Maugué et G. Bachelier, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1085.

⁸⁹⁹ Cf. *supra* note n°898.

⁹⁰⁰ Cf. *supra* note n°891.

n'oblige pas à proprement parler le gestionnaire du domaine public⁹⁰¹ de procéder à une mise en concurrence préalable mais seulement de prendre en compte - et c'est une faculté et non pas une obligation- la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence dans l'intérêt d'une bonne gestion du domaine public. Ce n'est pas sans compter la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui consacre un principe de transparence des procédures dans sa décision du 26 juin 2003⁹⁰². Certains auteurs vont dans le sens de cette décision et de la jurisprudence comme P. Delvolvé ou encore S. Nicinski⁹⁰³. En effet, pour P. Delvolvé, les principes de la transparence devraient s'appliquer à l'ensemble des contrats publics. Quant à S. Nicinski, elle explique que « l'attribution initiale d'une ressource rare à un opérateur ou à un faible nombre d'opérateurs suppose de déterminer une technique de mise en concurrence ou une procédure d'attribution »⁹⁰⁴. Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne, vient par arrêt⁹⁰⁵, de réitérer sa position en faveur d'une publicité et d'une mise en concurrence pour la délivrance d'autorisations unilatérales.

Pourtant, le débat est toujours aussi vif car ni la jurisprudence du Conseil d'Etat, ni la position du législateur n'ont évolué sur ce point. Certaines juridictions de fond, ainsi qu'en atteste un jugement⁹⁰⁶, ont adopté ces règles de transparence et de mise en concurrence dans le cadre de baux emphytéotiques administratifs.

En pratique, que font réellement les personnes publiques devant ce vide juridique ? Au fond, la valorisation du domaine public et de sa gestion passe par la publicité et la mise en concurrence lors de l'octroi des titres d'occupation.

D'ailleurs, les collectivités territoriales telles que la ville de Paris ou encore des établissements publics préfèrent accomplir ces formalités de publicité et de mise en concurrence. Le directeur des affaires juridiques de la ville de Paris explique que

⁹⁰¹ En l'espèce, cela concernait la société d'Aéroport de Paris.

⁹⁰² Cf. *supra* note n°887.

⁹⁰³ P. Delvolvé, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Dalloz, 2004, p. 469 ; S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Système 2005, p. 70.

⁹⁰⁴ Cf. *supra* note n°903.

⁹⁰⁵ CJUE, 30 juin 2010, The Sporting Exchange, n°C-203/08.

⁹⁰⁶ TA de Versailles, 5 juillet 2010, : on peut lire le considérant suivant : « considérant que si, à l'exception des baux emphytéotiques administratifs conclus par un établissement public de santé ou une structure de coopération sanitaire, les dispositions précitées de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales ne soumettent pas la signature d'un bail emphytéotique administratif à une exigence spécifique de publicité et de transparence, la signature d'un tel contrat n'est pas pour autant exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité sur l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès des contrats. »

l'accomplissement de ces formalités a été décidé par l'ensemble du conseil municipal⁹⁰⁷. Pour de nombreux projets, telle que la concession domaniale de la Croix-Catelan, la convention d'occupation domaniale avant d'être octroyée par la ville de Paris à la société Lagardère, a été soumise à la publicité et à la mise en concurrence. En effet, la ville voulant renouveler la convention, détenue depuis longtemps par le Racing Club de France pour la gestion de ce site sportif au cœur du bois de Boulogne, domaine public a fait appel à la concurrence. Ne voulant pas passer une délégation de service public, il fallait recourir à un montage contractuel alliant la rentabilité financière aux exigences de bonne gestion. Un contrat a alors été proposé. La meilleure offre revenant à la société Lagardère pour une durée de vingt-deux ans. Cette opération rapporte 2,7 millions d'euros par an contre 525 000 euros auparavant. L'opération, à la fois rentable et respectant les exigences liées à la publicité et à la mise en concurrence, semble fonctionner. Les collectivités souhaitent en opérant ainsi se protéger contre d'éventuelles poursuites judiciaires.

Cependant, on peut d'ores et déjà noter que, comme beaucoup d'autres collectivités, la ville de Paris souhaite si possible échapper à la qualification de la délégation de service public. Il ne faut pas non plus aboutir à des montages juridiques et financiers douteux voulant masquer de réelles délégations de service public, qui sont elles, soumises non seulement aux formalités de publicité et de mise en concurrence qu'imposent les instances européennes mais aussi à la législation interne française plus sévère encore quant aux formalités à accomplir et aux exigences⁹⁰⁸.

On peut alors constater que le domaine public et surtout son occupation sont devenus des enjeux fondamentaux pour la valorisation économique des dépendances domaniales. Le droit public de l'économie est d'ailleurs en plein essor, un droit nouveau dans la mesure où le droit de la concurrence investit de plus en plus le domaine public et les activités qui se développent. Les personnes publiques, aidées par la juridiction administrative française et les instances européennes ont introduit de la concurrence non seulement dans le choix de l'occupant mais aussi dans la durée de l'occupation et dans les modalités financières⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ P-E. Spitz, « Les nouvelles méthodes de la gestion des biens publics : l'exemple de Paris », *BJCL*, n°7, 2007, p. 456.

⁹⁰⁸ Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, n°93-122, *JO* du 30 janvier 1993, p. 1588.

⁹⁰⁹ Voir pour des exemples où le droit de la concurrence peut engendrer différentes conséquences : Autorité de la concurrence, avis, 22 février 2010, n°10-A-04, *RJEP*, juin 2010, n°676, p. 14 et s. Autorité de la concurrence, 15

Le droit de la concurrence n'ignore pas le domaine public lorsqu'il est le siège d'activité de service public et encore moins s'il s'agit d'occupations strictement privatives du domaine où, dans ce cas, le droit de la concurrence s'applique pleinement.

Pour autant, il convient de ne pas banaliser le domaine public. Les personnes publiques gestionnaires de biens, tentées comme toute personne privée de faire fructifier leur patrimoine, ne doivent pas perdre de vue l'affectation des dépendances domaniales. De même, s'agissant des biens privés encore affectés à des services publics et démantelés par le droit de la concurrence, il ne faut pas oublier les obligations liées à l'existence et à la continuité des services publics.

Somme toute le droit de la concurrence n'épargne que très peu de biens des personnes publiques comme celui des biens affectés à l'usage direct du public tel un cimetière, une promenade publique ou des routes. On rejoint l'idée que la valorisation, introduisant le droit de la concurrence au sein du domaine public, a conduit à externaliser des activités, notamment celles de service public qui peuvent être pris en charge par des personnes privées, révélant ainsi l'absence du critère organique, à savoir la présence d'une personne publique. Le résultat est le suivant : un domaine public moins conséquent mais protégeant l'essentiel des biens servant le public en général, et des biens certes aux mains de propriétaires privés soumis en tout ou partie à la concurrence, mais protégés par des obligations de services publics imposées par le législateur directement ou par des clauses contractuelles.

Le risque principal est alors de perdre de vue ces obligations d'ordre constitutionnel relatives aux services publics que la recherche de la concurrence et d'une plus forte rentabilité pourraient occulter.

avril 2010, n°10-D-13, relatif à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au Port du Havre, *DA*, août-septembre 2010, p. 19 et s.

Pour l'heure, concernant ces biens privés affectés à un service, des moyens juridiques ont été mis en place par le législateur en faisant une place toute particulière à l'Etat. Celui-ci, certes joue encore un rôle non négligeable dans les nouveaux secteurs et les nouvelles sociétés en charge de biens privés affectés à des services publics. Son rôle est néanmoins en pleine évolution.

D'acteurs sur le domaine public et dans les missions de services publics, l'Etat et les personnes publiques sont devenues observateurs. La tendance générale observée est plutôt celle d'un retrait des personnes publiques alors que les problèmes actuels et la cohésion nationale militent pour un retour d'une intervention mesurée de l'Etat dans certains domaines.

§2 : Un rôle de l'Etat à redéfinir.

Le droit de la concurrence a eu de nombreuses répercussions, tant sur le domaine public que sur les occupations de celui-ci. Ces différents changements, impulsés le plus souvent par le droit communautaire, ont eu comme conséquence également, analysées précédemment, de transformer de nombreux établissements publics en société et de privatiser un certain nombre d'activités. Ces changements, finalement assez récents puisque datant du début des années quatre-vingt-dix, ont modifié le rôle de l'Etat et plus généralement celui des personnes publiques.

L'Etat autrefois propriétaire de nombreux biens affectés à une utilité publique se retrouve de plus actionnaire et passif au regard de ces biens. (A) Il reste toujours ce noyau dur intouchable dont l'Etat et les collectivités territoriales sont propriétaires et qui font partie du domaine public. Parallèlement, sont apparus des biens qui, toujours affectés à un service public, ne sont plus la propriété de l'Etat, celui-ci ayant un rôle différent, en l'occurrence d'actionnaire. Cette évolution n'est pas achevée. En effet, il faut que par des moyens juridiques nouveaux, ce dernier retrouve une légitimité dans de nombreux domaines liés aux grandes libertés publiques. (B)

A-Un Etat déséquilibré aux rôles multiples.

Face aux nombreux changements engendrés par la réforme du droit public des biens, l'ensemble des personnes publiques a dû se restructurer. Subissant les nombreuses évolutions imposées par les instances européennes ou par le législateur français et aidées par les jurisprudences administratives et constitutionnelles, leur rôle s'est peu à peu modifié. Cette modification touche au premier rang l'Etat dont le statut a évolué. L'Etat au cœur de la politique industrielle et commerciale à travers la notion de service public mais aussi grâce à ces démembrements comme les EPIC chargés de grands services publics en réseaux ou non a dû se modifier. Par conséquent une des caractéristiques de l'Etat était celle d'être un propriétaire et un acteur principal dans ces domaines. En étant propriétaire et gestionnaire à part entière de nombreux biens appartenant au domaine public ou simplement au domaine privé, ses prérogatives étaient importantes et puissantes.

Avec l'évolution décrite au cours de ces pages, l'Etat a peu à peu perdu de son rayonnement avec la percée du mouvement libéral à partir des années quatre-vingt et surtout au début des années quatre-vingt dix. Laissant de plus en plus de place aux personnes privées, quittant de nombreux domaines où il exerçait son autorité, l'Etat est passé davantage du statut de propriétaire à celui, certes de locataire comme décrit précédemment, mais surtout à celui d'actionnaire dans le secteur public voire dans le secteur privé.

En effet, l'arrivée de la concurrence et l'ouverture des anciens monopoles détenus par l'Etat ou les anciens établissements publics ont contraint l'Etat à ouvrir à la concurrence plusieurs secteurs, de services publics tels que les télécommunications, le gaz, l'électricité ou encore le service postal. L'Etat a dû déclasser de nombreux biens anciennement détenus soit par des EPIC, soit par l'administration elle-même. N'étant plus propriétaire de biens pourtant encore affectés à des services publics, on peut se demander alors si l'Etat a disparu.

L'enjeu est de mesurer l'évolution qu'a dû subir l'Etat en lien avec les transformations des biens affectés principalement au service public, et de se demander quelles en sont les répercussions positives ou négatives sur la nécessaire protection de l'affectation de ces biens.

Le mouvement de libéralisation faisant sortir de nombreux biens de la propriété publique et *a fortiori* du domaine public, s'est opéré de manière particulière en ce sens que les biens n'ont

pas été totalement privatisés au sens strict du terme car la plupart du temps, ce sont des entreprises publiques qui se sont substituées aux anciens établissements publics. Pendant très longtemps on a écarté les anciens établissements publics et certaines entreprises publiques du secteur de la concurrence en les soustrayant aux règles du marché. Puis, l'ouverture à la concurrence des différents secteurs comme les télécommunications ont motivé la recherche de productivité et de performance dans l'économie. Cette évolution est en majeure partie due à la politique européenne qui n'a pas la même définition de l'entreprise publique que le droit interne français. Si l'Europe conçoit l'entreprise publique comme pouvant être exposée aux règles de la concurrence, et ce même si elle agit dans le but de satisfaire les obligations liées à la présence d'un service public, en droit positif français, au contraire, la conception était fondée en premier lieu sur le critère organique, justifiant ainsi la soustraction des activités de services publics gérés par les personnes publiques aux règles de la concurrence. L'Etat exerçait une tutelle sur ces activités le plus souvent organisées en monopole public, ce dernier ayant pour fondement juridique l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946⁹¹⁰, à valeur constitutionnelle⁹¹¹. Avec la généralisation de la concurrence, l'Etat a été contraint de séparer ses activités, d'une part, de régulateur et d'éditeur de règles sur les marchés économiques d'avec, d'autre part, ses activités de simple actionnaire. Les secteurs auparavant fermés à la concurrence vont être libéralisés au nom d'une meilleure rentabilité et du respect de l'égal accès à tout type de marché économique. La transformation du rôle de l'Etat était alors engagée.

Au sein de ces entreprises publiques, l'Etat au début de la transformation détenait la majorité du capital social. Des interventions postérieures viennent diminuer la participation de l'Etat, maintenant alors l'entreprise dans le secteur public⁹¹². Dans cette hypothèse, l'Etat, en gardant des parts sociales voire en détenant la majorité de ces parts, peut conserver un certain contrôle sur les décisions principales de l'entreprise ou s'opposer à l'une d'entre elles. On peut reprendre des exemples déjà détaillés concernant France Télécom. Si par la loi du 31 décembre 1996⁹¹³, France Télécom est devenue une société, l'Etat y détenait encore la

⁹¹⁰ Alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »

⁹¹¹ CC, 16 juillet 1971, Liberté d'association, n°71-44 DC, Rec. p. 29 : l'ensemble des dispositions auxquels le préambule de la Constitution de 1958 fait référence ont une valeur constitutionnelle.

⁹¹² D. Bailleul, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés. », *RJEP*, n°629, mars 2006, p. 105 et s.

⁹¹³ Loi du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, loi 96-66, *JO*, 27 juillet 1996, p. 11398.

majorité du capital. Mais, depuis, l'article 7 de la loi du 31 décembre 2003⁹¹⁴, l'Etat ne peut plus être majoritaire.

Le mouvement de privatisation ne s'est pas arrêté là. D'autres entreprises ont suivi la même voie et le mouvement ne semble pas achevé⁹¹⁵. Certains se demandent alors si l'entreprise publique a un avenir au sein de l'Union européenne⁹¹⁶. En France, seulement quelques entreprises publiques, comme la SNCF ou la RATP font figure de survivantes au sein de ce mouvement de privatisation partielle ou totale des entreprises publiques. Toutefois, constatons que ce phénomène touche davantage le secteur public national que le secteur public local⁹¹⁷, ainsi qu'en attestent les exemples des sociétés d'économie mixtes locales qui résistent mieux que le secteur national.

Pour l'heure, l'Etat détenant ou ayant détenu des parts sociales au sein de ces entreprises publiques est donc passé du statut d'Etat patron à celui d'Etat régulateur et surtout actionnaire. Il a dû s'adapter à ce nouveau statut. N'étant plus l'acteur principal de ces différentes activités, l'Etat a dû non seulement composer avec son nouveau rôle d'actionnaire public mais également admettre de déléguer la régulation de l'activité en question à des autorités administratives indépendantes⁹¹⁸.

Ce nouveau statut a conduit l'Etat à redéfinir ses missions, à se réorganiser et à trouver de nouvelles finalités⁹¹⁹. A cette fin, il a commandé de nombreux rapports faisant état de ses actions et participations dans ces différentes entreprises publiques et a créé une Agence des participations de l'Etat, ayant pour mission principale de veiller aux intérêts patrimoniaux de

⁹¹⁴ Loi du 31 décembre 2003, relative aux obligations de service public des télécommunications et de France Télécom, n° 2003-1365, *JO*, 1^{er} janvier 2004, p. 9.

⁹¹⁵ Voir par exemple le statut de GDF : au départ, la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, n°2006-1537, *JO* du 8 décembre 2006, p. 18531. Elle a également transformé GDF en société anonyme. La loi du 7 décembre 2006 concernant le secteur de l'énergie traite surtout du secteur du gaz. La privatisation de GDF a été autorisée en vue de sa future fusion avec SUEZ, aujourd'hui réalisée. Cette privatisation n'est effective que depuis de 1^{er} juillet 2007, date marquant la fin du monopole de la fourniture du gaz pour les ménages. La loi prévoit que la Société réunissant GDF et Suez permet à l'Etat de rester propriétaire de plus du tiers du capital social à tout moment. Cette disposition tend à faire sortir cette société du secteur public.

⁹¹⁶ J. Fournier, « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *RJEP*, n°619, avril 2005, p. 135 et s. Dans le même sens : C. Devès, « L'avenir des entreprises publiques », *La réforme de l'Etat*, Actes du colloque international de Toulon du 1^{er} et 2 octobre 2004, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 201 et s.

⁹¹⁷ Point notamment constaté par C. DEVES, « L'avenir des Entreprises publiques », *La réforme de l'Etat*, Actes du colloque international de Toulon du 1^{er} et 2 octobre 2004, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 227.

⁹¹⁸ A. Delion, « De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire », *RFAP*, L'Etat actionnaire, n°124, L'ENA CERA (Centre d'expertise et de recherche administrative), 2007, p. 549.

⁹¹⁹ M. Lombard, « De l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire : quels changements juridiques ? », *RFAP*, L'Etat actionnaire, n°124, L'ENA CERA (Centre d'expertise et de recherche administrative), 2007, p. 579 ; M. Poyet, « La transformation des entreprises publiques : un véritable enjeu de pérennité », *RA*, n°342, novembre 2004, p 565 et s.

ce dernier⁹²⁰. Cette agence est un service à compétence nationale placé sous l'autorité du ministre des finances. Ses quatre missions principales sont d'exercer la fonction d'actionnaire, de remplir l'intégralité des missions de l'Etat actionnaire, de rendre l'action de l'Etat actionnaire transparente et enfin d'améliorer l'efficacité de la fonction d'actionnaire. Pour donner un exemple de la politique actionnariale de l'Etat, on peut se référer au bilan de l'activité deux mille dix et deux mille onze. L'Etat, dans un contexte de marchés financiers en baisse a, aujourd'hui un portefeuille de participations cotées représentant 69 Md€ de capitalisation boursière au 1er septembre 2011 (contre 88 Md€ au 1er septembre 2010). Ce montant représente 11 % de la capitalisation boursière du CAC 40 au 1^{er} septembre 2011 (contre 7 % au 1er septembre 2010).⁹²¹

L'Etat a aujourd'hui de nouvelles missions et de nouvelles responsabilités en tant qu'actionnaire. Comme tout actionnaire, son but sera de participer à des décisions stratégiques pour les entreprises et le plus souvent rentables. Or, ce qui nous préoccupe plus particulièrement, est le rôle que peut encore jouer l'Etat dans des entreprises du secteur public, voire dans le secteur privé vis-à-vis d'activités qualifiées de service public ou avec seulement des objectifs ou des exigences de service public à satisfaire. Le poids de la personne publique ne sera plus le même. Il faut alors se demander si tout est privatisable, entièrement ou partiellement? Nous avons démontré en quoi le respect d'obligations de service public se concentre sur l'aspect fonctionnel et non sur l'aspect organique. L'Etat a encore tendance à vouloir contrôler ces sociétés où le respect d'exigences liées au service public est requis. Or, cela peut être analysé comme une aide d'Etat, prohibée par les instances européennes, mais que la France pratique. La compensation des obligations de service public par l'Etat aux entreprises publiques est strictement encadrée par la jurisprudence communautaire⁹²². Le bras de fer avec la Commission européenne est toujours d'actualité.

C'est encore une fois, même au travers du nouveau statut de l'Etat en tant qu'actionnaire, que se traduit le fossé entre les conceptions européennes et française du service public. En tant qu'actionnaire minoritaire désormais dans des sociétés conservant encore des missions de service public l'Etat s'adapte certes au droit public de l'économie mais ne doit pas perdre de

⁹²⁰ L'APE (Agence des participations de l'Etat) est née à la suite d'un rapport commandé par le Ministre de l'Economie de l'époque le 6 novembre 2002, présidé par René Barbier de la Serre.

⁹²¹ Voir pour les chiffres : <http://www.ape.bercy.gouv.fr>

⁹²² CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH, affaire C-280/00, Rec. I, p. 7747, D. 2003, p. 2814. Voir également, CJCE, 21 mars 1991, Italie contre Commission, C-305/89.

vue le respect de l'intérêt général ou plus précisément le respect du service public représenté par l'affectation des biens à une utilité publique.

L'Etat en tant qu'actionnaire, les autorités de régulation en tant qu'autorités administratives indépendantes et le législateur, doivent alors prendre soin de définir ces différentes obligations de services publics qui sont encore demandées à certaines entreprises où l'Etat n'est parfois qu'un actionnaire minoritaire. Il ne faut pas perdre de vue, au nom d'une rentabilité financière et dans le contexte actuel de besoins de financement et d'investissement, les objectifs à long terme qu'exigent un service public et son fonctionnement.

Aussi, ce nouvel Etat davantage actionnaire que propriétaire, doit-il veiller à garder un minimum de stabilité et ne pas oublier les préoccupations s'agissant de l'affectation des biens. Aujourd'hui, l'Etat, pour garantir la protection de cette affectation en passant certes par des personnes privées, doit revêtir de nouveaux rôles et réinvestir certains domaines face aux effets pervers de la libéralisation. Toutefois, certains effets comme l'augmentation des prix du gaz et de l'électricité sont causés par des éléments extérieurs à l'Etat comme le coût des matières premières qui augmentent et des zones de conflits qui enflamment les cours des barils de pétrole.

L'Etat et ses anciens monopoles qui gardent parfois la préférence des consommateurs, doivent redéfinir leurs priorités à l'aune de la protection des biens privés affectés à l'utilité publique.

B-Vers une redéfinition des champs d'interventions étatiques.

Le contexte de crise financière et bancaire actuelle ainsi que les nombreuses réformes opérées en droit public des biens ont des répercussions importantes. Le rôle de l'Etat et plus généralement des personnes publiques s'est transformé, laissant place aux personnes privées. La gestion de nombreux biens, pour beaucoup encore affectés à des missions de service public sont aux mains de sociétés privées. Le domaine public tend peu à peu à se réduire pour diminuer le champ d'application du régime contraignant de la domanialité publique. Un double mouvement s'opère. Le critère organique est en recul pour définir et entraîner l'application d'un régime de droit public. Parallèlement le critère matériel est davantage

utilisé et mis en avant pour justifier des contraintes et des obligations juridiques aux personnes privées.

C'est un nouveau visage, une nouvelle organisation qui laisse en retrait les personnes publiques pour faire appel au privé en ayant recours à des règles juridiques plus souples facilitant les échanges, les ventes, le recours à des techniques de financements privés et aussi l'entrée sur les marchés financiers par l'intermédiaire des sociétés à capitaux.

Cependant, le droit positif n'a pas encore pris la mesure de tous ces changements. Si le législateur intervient fréquemment pour orienter les politiques immobilières, créer des outils de valorisation économique du domaine public ou privatiser davantage des sociétés. Pour autant des lacunes persistent et le souci de l'intérêt général n'a pas disparu. Non seulement, en droit des biens publics, les CGPPP a réitéré l'existence d'un domaine public répondant à certains critères et qui doit être protégé, mais qui plus est, des biens aujourd'hui privatisés sont encore affectés à des missions de service public et ne peuvent pas être ignorés.

Il ressort de la démonstration précédente que, d'une part, le recours systématique au critère organique pour qu'un bien intègre le domaine public et reçoive une protection efficace, est un frein à la valorisation économique. D'autre part, que la législation ne correspond plus à la réalité. L'enjeu est alors de démontrer que d'autres moyens juridiques existent pour protéger l'affectation. Il n'en demeure pas moins qu'au premier rang, le rôle de l'Etat ne doit pas être négligé. Enfin, les remaniements actuels, la crise mondiale et l'intérêt général au sens large commandent une redéfinition des missions de l'Etat. Sa légitimité est intacte pour intervenir notamment quand la protection des biens affectés à l'utilité publique est en jeu.

M. Guenaire⁹²³, à propos de la crise du service public, appelle un retour des Etats au sein du service public. C'est à l'Etat de définir ce qu'est un service public et de décider de sa création. Il ne s'agit pas de remettre en cause la gestion privée de nombreux services publics, qui offre davantage de souplesse. Mais simplement de dire que l'Etat est le seul organe légitime à programmer et à évaluer les services publics. D'ailleurs, la cohésion nationale, la solidarité nationale passent uniquement par le réseau des services publics mis en place par l'Etat, gérés soit par des personnes publiques, soit par des personnes privées. Si l'on prend l'exemple du service public de l'électricité ou de la poste, il revient à l'Etat et par conséquent au législateur français, de fixer des obligations de service public à ces sociétés privées, par

⁹²³ M. Guenaire, « Le service public au cœur du modèle de développement français », *JCP A*, n°20, 16 mai 2005, p. 793 et s.

voie législative ou en imposant des obligations contractuelles. En effet, la raison est qu'au nom de la solidarité nationale et de l'égalité, toute personne a le droit d'avoir accès à ces besoins fondamentaux, quel que soit son lieu de résidence. Au fond, il s'agit bien de garantir l'affectation de ces biens. Certes, ceux-ci peuvent être détenus par des personnes privées qui n'ont pas automatiquement besoin de la domanialité publique pour être assurés. Cependant, une personne publique, et en l'occurrence l'Etat, doit toujours veiller à la bonne exécution de cette affectation et à sa continuité. Il est vrai que la place que l'on souhaite donner aux services publics et à son respect constitue évidemment un choix politique. Cela dépend du niveau de solidarité que l'on souhaite atteindre dans une société. Cette idée de solidarité n'est pas antinomique avec le secteur privé qui peut parfaitement œuvrer pour la solidarité nationale, mais cette dernière doit être forcément réglementée et contrôlée par l'Etat garant de la cohésion nationale.

Il ne s'agit pas de réduire l'Etat à ses missions régaliennes en rejetant complètement l'Etat providence. L'Etat est la personnalité morale de droit public toujours à même de prendre en charge de telles missions mais ce dernier est aussi un opérateur économique. Ce dernier, ainsi que les autres personnes publiques, sont en fait de plus en plus en concurrence avec le secteur privé. Une partie de leur spécificité à savoir être soumises à des règles dérogatoires au droit commun, s'estompe. Les personnes publiques doivent de plus en plus respecter les mêmes règles que les personnes privées et sont parfois en concurrence en elles. Sur le plan juridique, elles ont moins recours à l'acte unilatéral, acte de puissance publique par définition, mais plutôt à la technique contractuelle. En droit public des biens, nous l'avons constaté, l'un des enjeux majeurs est de réduire le champ du régime exorbitant de la domanialité publique. C'est pourquoi, de nombreux biens encore affectés à l'utilité publique à savoir à un service public, se sont retrouvés dans les mains de propriétaires privés avec application d'un régime quasi de droit commun⁹²⁴. En essayant de rapprocher la propriété publique et la propriété privée, on tend à vouloir appliquer les mêmes règles.

Or, si le rapprochement a lieu et si la domanialité publique a vu réduire son champ d'intervention, il n'en demeure pas moins, que l'aspect matériel, à savoir la protection de l'affectation, conduit l'Etat à imposer certaines exigences, notamment en lien avec le service

⁹²⁴ D. Bailleul, « Le droit administratif en question : de l'intérêt général à l'intérêt économique général ? », *JCP A*, n°13-14, 29 mars 2005, p. 587.

public. Cette intervention est imposée tant par le Conseil Constitutionnel⁹²⁵ que par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

La transformation subie par l'Etat ces dernières années, en opposition face au marché⁹²⁶, a diminué la puissance normative de l'Etat. Face à cette impuissance de l'Etat apparente, il ne faut pas se méprendre. Il est vrai que l'espace public a fait entrer les règles de la concurrence et l'idée de rentabilité économique, même pour les biens constituant le noyau dur du domaine public. Cette idée de performance⁹²⁷ à laquelle les personnes publiques doivent tendre, montre à quel point on tend à faire des règles du marché, les règles du droit commun s'imposant sans contrainte. La réalité, économique et financière, parle d'elle-même. Sans constituer une entrave pour les activités économiques et la valorisation des propriétés publiques, la présence d'une autorité publique est nécessaire et légitime. La survie des services publics ainsi que la protection des grandes libertés publiques telles que celle d'aller et venir en dépend.

D'ailleurs, on peut tout simplement soulever le problème suivant : en cas de financement privé d'un équipement public comme c'est possible pour les commissariats de police par exemple, la personne privée titulaire de ce contrat va recourir à la technique de financement privé. Or, en cas de faillite de cet occupant privatif ou du titulaire de ce droit réel, qu'advient-il des biens encore affectés à l'utilité publique, en l'espèce, le service public de la police ? Si la personne privée a eu recours au crédit-bail comme il est possible de le faire, c'est alors l'organisme de crédit qui devient propriétaire de ces biens ? Non. L'Etat est présent par d'autres moyens et pourra alors, au nom du service public, agir grâce à ses prérogatives de puissance publique comme la résiliation unilatérale du contrat⁹²⁸ bien qu'une telle résiliation engendre des conséquences financières importantes. Mais dans tous ces cas hypothétiques, les pouvoirs de l'Etat ou des collectivités territoriales ne sont pas absolument certains. L'actualité offre des exemples inquiétants en cas de faillite du système bancaire en générale. Rappelons-le, les établissements de crédit sont partis intégrante des systèmes de financement des biens privés affectés à des services publics. Or, seul l'Etat semble en mesure de pouvoir régler la

⁹²⁵ E. Fatôme et L. Richer, note sous CC, 26 juin 2003 Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, n°2003-473 DC, *RFDC*, n°56, octobre 2003, p. 772 ; CC, 14 avril 2005, n°2005-513 DC ; CE, 21 mars 2003, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux (Sipperec), *AJDA*, 27 octobre 2003, p. 1935 : le Conseil d'Etat élève la protection du DP au rang « d'impératif d'ordre constitutionnel » et la protection justifie encore les contraintes imposées aux occupants.

⁹²⁶ J.-P. Henry, « La fin du rêve Prométhéen ? La marché contre l'Etat », *RDP*, 1991, p. 644 et s.

⁹²⁷ J. Caillosse, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 20 mars 1999, p. 195 et s.

⁹²⁸ CE, Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. Conseil d'Etat, p. 246. Problème notamment soulevé par : M. Ubaud-Bergeron, « Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'Etat », *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1366.

situation par ses pouvoirs exorbitant et sa capacité de pouvoir annuler des dettes notamment. La sauvegarde de l'intérêt général et des services publics passe par lui car, pour reprendre finalement les propos de R. Capitant⁹²⁹, même si les biens affectés à l'utilité publique sont la propriété de personnes privées, il n'empêche que ces derniers sont grevés d'une servitude d'intérêt général indestructible. En cela, c'est bien l'affectation qui est inaliénable et non la propriété.

Encore récemment, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 17 décembre 2010⁹³⁰, protège davantage l'affectation des biens aux missions de service public plutôt que la propriété publique. Sous couvert de protéger avant tout la propriété publique, en réalité, le Conseil Constitutionnel s'attache à garantir une définition fonctionnelle du service public et par conséquent l'affectation des biens⁹³¹. Ce sont les obligations de service public qui sont fondamentales et qui restreignent fortement les prérogatives des propriétaires. C'est comme une sorte de servitude qui pèserait sur ces biens et comme le dit H. Pauliat, « l'heure ne serait plus au service public virtuel mais à l'affectation au service public pérenne ; ce n'est cependant pas le service public qui en est revalorisé, ce sont ses fonctionnalités, les obligations liées au service public qui trouvent ici un ancrage constitutionnel fort. »⁹³².

On parvient surtout au constat suivant : c'est bien l'affectation en elle-même qui crée le régime spécial et entraîne par conséquent, une moindre importance à la distinction entre le domaine public et le domaine privé. Pour l'heure, cette distinction est encore bien ancrée en droit positif et réitérée par le CGPPP. Elle sert encore de fondement pour déterminer les règles applicables et le juge compétent en cas de litige. Après avoir démontré que la protection passe par d'autres moyens que l'application du régime juridique de la domanialité, il est tout à fait envisageable de considérer que désormais c'est l'affectation en question qui

⁹²⁹ R. Capitant, note sous CE, 17 février 1932, Commune de Barran, *D.*1933, IIIème partie, p 49 ; Association H. Capitant des amis de la culture juridique française, « *Apports de R. Capitant à la science juridique* », Litec, 1992, p. 38 et s.

⁹³⁰ CC, 17 décembre 2010, Région Centre, n°2010-67/86, QPC (question prioritaire de constitutionnalité), *JO* 19 décembre 2010, p. 22373. Le considérant 5 est très clair à ce propos : « Considérant d'une part, que la disposition contestée procède au transfert à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, à titre gratuit et sans aucune condition ou obligation particulière, de biens immobiliers appartenant à l'Etat ; que, d'autre part, ni cette disposition, ni aucune autre applicable au transfert des biens en cause ne permet de garantir qu'ils demeureront affectés aux missions de service public qui restent dévolues à cette association en application du 3° de l'article L. 5311-2 du Code du travail ; que par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs invoqués par les collectivités requérantes, la disposition contestée méconnaît la protection constitutionnelle de la propriété des biens publics et doit être déclarée contraire à la Constitution. »

⁹³¹ H. Pauliat, note sous CC, 17 décembre 2010, *RJEP*, août-septembre 2011, p. 39.

⁹³² Cf. *supra* note n°931.

entraînera telles ou types de protection. On parlera alors pour l'ensemble de ces biens affectés, de biens publics, car affectés à une utilité publique, peu importe leurs propriétaires. Nous pensons, comme C. Lavalie, que l'Etat ne peut pas vivre sans un espace dédié au public comme le domaine public aujourd'hui⁹³³. En effet, même si ce dernier soit être réduit, il doit demeurer un espace où l'Etat permet tout simplement aux relations de se créer et aux libertés publiques, comme celle d'aller et venir se développer. C'est la raison d'être de l'Etat que d'œuvrer pour les citoyens⁹³⁴.

⁹³³ C. Lavalie, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP*, 1990, p. 483 et s.

⁹³⁴ P. Yolka, « Un Etat sans domaine ? », *AJDA*, 26 mai 2003, p. 1017.

CONCLUSION GENERALE

L'étude de la notion d'affectation des biens à l'utilité publique a corroboré le constat de l'inadaptation des règles en vigueur aux différents défis auxquels doivent faire les personnes publiques quant à leurs biens.

La recherche, depuis un certain nombre d'années, de la rentabilité du domaine public donne le point de départ d'une désacralisation du régime juridique s'appliquant sur le domaine public, à savoir la domanialité publique. Le principe d'inaliénabilité du domaine public, règle centrale de la domanialité publique, n'a cessé d'être remis en cause. Les conséquences sont multiples, nous avons pu le constater, entre une remise en cause de la gestion des dépendances domaniales, de la distinction entre le domaine public et privé et le rapprochement, paradoxalement, entre la propriété publique et privée.

Les propositions émises par nos soins vont dans le sens d'une mise en avant du critère matériel du droit des biens publics, à savoir l'affectation. Cette dernière permet de conserver au sein d'une propriété publique, des biens dont certaines obligations d'ordre constitutionnelles par exemple, commandent qu'ils demeurent la propriété uniquement de personnes publiques. La préoccupation de l'affectation des biens permet, en revanche, de considérer que la propriété publique n'est pas la seule voie possible pour la protection des biens affectés à l'utilité publique. D'autres solutions, parmi celles évoquées, procurent aux biens affectés à l'utilité publique autant de garanties même entre les mains de personnes privées. C'est un changement de point de vue objectif que nous proposons alors que le droit français perdure dans cette appropriation publique systématique, sans parfois en expliquer les raisons et les avantages. Très souvent, estimer que la propriété publique serait la solution la plus apte à protéger les biens affectés, est un préjugé. Sans considérer que d'autres solutions sont envisageables, l'affectation à l'utilité publique commanderait alors une propriété publique et très souvent une incorporation au domaine public.

Pourtant, l'affectation des biens à l'utilité publique peut être respectée par d'autres moyens, notamment ceux de la propriété privée, sous conditions, et par les contrats passés entre l'Etat et les personnes privées à propos de ces biens.

La mise en avant de l'affectation révèle, en effet, un mouvement important en droit administratif, celui du développement des procédures contractuelles. Cet outil juridique, le contrat, n'est certes pas nouveau en droit administratif. L'évolution se situe dans l'utilisation qu'en fait l'administration ainsi que les domaines. Il permet une approche plus moderne de la matière et oblige les personnes publiques à un effort de réflexions sur les objectifs de l'action envisagée. Une logique de projet se substitue alors à une logique de centrée sur des règles contraignantes laissant peu de souplesse à l'action administrative. En matière d'affectation des biens, la logique contractuelle est employée quand l'Etat souhaite imposer des obligations en lien avec la continuité des services publics. Aussi l'Etat n'empêche-t-il pas l'appropriation privative de ces biens, mais en ayant recours au contrat, il s'assure qu'en cas de défaillance relative aux biens affectés à l'utilité publique, il aura un moyen d'action contractuelle.

Ce mouvement de contractualisation ne signifie pas la mort de l'acte unilatéral car l'Etat, en matière domaniale, peut également imposer ces contraintes en lien avec l'affectation par l'intermédiaire de la loi. Ce mouvement ne signifie pas non plus la négligence de l'intérêt général au profit des intérêts des personnes privées. En effet, l'intérêt général et plus spécifiquement l'utilité publique des biens, peut être satisfait par des mécanismes de partenariat aujourd'hui en vogue. Ces nouvelles techniques traduisent la transformation des modes de formulation de l'intérêt général. Les partenaires se multiplient sans pour autant perdre de vue l'utilité publique des biens en jeu. Les exemples en matière domaniale sont multiples avec le recours croissant aux contrats de partenariats public-privé. D'ailleurs, la diversité des domaines où le contrat de partenariat est possible démontre à quel point ces nouveaux procédés tendent à être de plus en plus légitimes.

C'est la matière du droit public des biens qu'il faut repenser. Aussi serait-il préférable aujourd'hui de parler de droit des biens publics. En effet, nos développements ont montré que les biens publics, sous-entendu les biens affectés à l'utilité publique, se trouvaient ailleurs que dans le domaine public et la propriété publique. Il fait alors penser la matière en traitant de tous les biens publics afin d'unifier le régime juridique applicable.

Pour autant, nous ne pensons pas que toutes les choses doivent sortir de la propriété publique et *a fortiori* du domaine public. L'Etat conserve toute sa légitimité à protéger des biens par

leur appropriation. C'est la présence d'un domaine public, certes réduit, qui fonde la souveraineté étatique. Cette sorte de domaine éminent que possède l'Etat permet non seulement l'existence même de ce dernier mais aussi la protection de biens tels que les biens environnementaux. Ces derniers sont des enjeux ultimes que devront relever les Etats. Les biens affectés à tous, patrimoine mondial de l'humanité, sont des héritages du passé qu'il faut absolument maintenir.

Les fonctions de l'Etat ont changé depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale. D'un Etat très interventionniste et prenant en charge la majeure partie des services publics, on a désormais un Etat qui prend conscience que d'autres formes de gestion des services publics existent sans pour autant les remettre en question. On en revient davantage à l'essence même du domaine public et à l'existence de l'Etat, à savoir la mise à disposition par la collectivité des biens indispensables à l'exercice des libertés publiques et au vivre ensemble. On revient aux origines de la *res publica* à savoir la chose publique qui donnera naissance au gouvernement, au politique et enfin à l'Etat.

BIBLIOGRAPHIE

I-Ouvrages Généraux :

- AUBY J-M ; BON P ; AUBY J-B, *Droit administratif des biens*, précis Dalloz, 6^{ème} édition, 2011.
- AUTIN J.L, RIBOT C, *Droit administratif général*, Litec, 5^{ème} édition, 2007.
- BERTHELEMY H, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11^{ème} édition, librairie Arthur Rousseau, 1933.
- BURDEAU F, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, Thémis, 1995.
- CHAPUS R, *Droit administratif Général*, Tome 1 et 2, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001.
- DEMENTHON H, *Traité du domaine de l'Etat*, Dalloz, 6^{ème} édition, 1964.
- DE VILLIERS M, *Droit public général*, manuel sous la direction de Michel de Villiers, 3^{ème} édition, Litec, 2006.
- DUCROCQ T, *Cours de droit administratif*, Paris, Thorin, 5^{ème} édition, 1877, Tome 2.
- DUGUIT L, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Tome 3, E. de Bocard, 1930.
- GAUDEMET Y, *Traité de droit administratif*, 14^{ème} édition, Tome 2, *Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, 2011.
- GAUDEMET Y, STIRN B, DAL FARRA T, ROLIN F, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2008.
- GONOD P, MELLERAY F, YOLKA P, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011.
- HAURIOU M, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} édition, 1933.
- HAURIOU M, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} édition, Dalloz, 2002.
- JEZE G, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, 3^{ème} édition, 1925-1936.
- LAFFERRIERE E, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris et Nancy, Berger-Levrault, 2^{ème} édition, 1896, 2 volumes.
- LONG M, WEIL P, BRAIBANT G, DELVOLVE P, GENEVOIS B, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 18^{ème} édition, 2011.
- SMITH A, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776.
- M. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 7^{ème} édition, 1957.

II-Ouvrages spéciaux :

- BARCKHAUSEN H, *Remarques sur la théorie des domaines*, Rev. crit. législ et jurispr. 1884, p. 30.
- BINCZAK P, NICINSKI S, *Droit administratif des biens*, Gualino, 2007.
- BRENET F, MELLERAY F, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, Une nouvelle espèce de contrats administratifs*, Litec, 2005.
- CHOPPIN R, *Traité du Domaine de la Couronne...* in Œuvres. Ed, Paris, Louis Billaine, Tome 2, 1662.
- DAVID R, JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002.
- DUFAU J, *Le Domaine public*, 5^{ème} édition, Le Moniteur, 2001, Collection l'Actualité juridique.
- FOULQUIER N, *Droit administratif des biens*, Lexisnexus, 2011.
- GODFRIN P, DEGOFFE M, *Droit administratif des biens*, 9^{ème} édition, Sirey, 2009.
- HUBRECHT H-G, *Droit public économique*, Dalloz, 2007.
- JOUBERT J, « Un grand juriste cottenézien : Jean-Charles Demolombe (1804-1887) », *Mémoires de la Fédération des sociétés d'histoire et d'archéologie de l'Aisne*, t. XXII (1977), p. 170-173. O. Gréard, « Notice sur Demolombe », *Mémoire de l'Institut, Académie des sciences morales et politiques*, 2^{ème} série, t. XVII.
- LATOURNERIE M. A, *Point de vue sur le domaine public*, Politique clefs, Montchrestien, 2004.
- LAVIALLE C, *Droit administratif des biens*, Paris, PUF, 1996.
- MAYER O, *Le droit administratif allemand*, Tome 3 : *le droit public des choses*, Paris, Griard et Brière, 1905.
- MORAND-DEVILLER J, *Droit administratif des biens*, Paris, Montchrestien, 2007.
- NICINSKI S, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Système 2005.
- NICINSKI S, *Droit public des affaires*, Montchrestien, Précis Domat, 2^{ème} édition, 2010.
- PARDESSUS J.M, *Traité des servitudes selon les principes du Code civil*, Paris, Rondenneau, 1806.
- PARDESSUS J.M, *Traité des servitudes ou services fonciers*, Paris, G, Thorel, Gilbert, 1838.

-PROUDHON J-B, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Victor Lagier, Dijon, 1^{ère} édition, 1833-1834 et 2^{ème} édition 1843-1845.

-SALEILLES R, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris, éd. Larose et Forcel, 1889.

-TERRE F, SIMLER P, *Droit civil. Les biens*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2006.

III-Ouvrages collectifs et colloques :

-*L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^{ème} journées R. Savatier, Publications de la Faculté de droit de Poitiers, PUF, 1991

-« *Domaine public et activités économiques* », les 20 et 21 septembre 1990, la Faculté de droit de Paris de Saint-Maur et les cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, 1991, octobre 1991, n° hors série.

-*Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, Conseil d'Etat, Etudes et Documents, n°38, 1987, p. 13 à 21 ou Revue de droit immobilier, juillet-septembre 1987, p. 313.

-*L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, colloque des 11 et 12 décembre 2003 à Poitiers, études réunies par F.Melleray, Université de Poitiers, collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2004.

-*Les collectivités territoriales et le Code général de la propriété des personnes publiques*, colloque organisé par la faculté de droit d'Évry au Palais du Luxembourg, jeudi 25 octobre 2007.

-*Réflexions sur le Code général de la propriété des personnes publiques*, actes du colloque, université de Lille II du 29 novembre 2006, présidé par Jacqueline MORAND-DEVILLER, sous la direction de Stéphane GUERARD, LITEC, 2007.

-*Les titres constitutifs de droits réels sur le domaine public*, Actes du colloque d'Orléans, 30 mai 1996, La semaine juridique, édition notariale, n°37, 1996, p. 1231 à 1284.

-*L'intérêt général*, EDCE, n° 50, 1999.

-*La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, colloque organisé par le Conseil d'Etat à l'Ecole Nationale d'administration (ENA), mercredi 6 juillet 2011.

-*Confluences*, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller, Montchrestien, 2007.

-*Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Paris, Sirey, 1947-1957.

IV-Dictionnaires et encyclopédies :

-BENOIT F-P, Encyclopédie Dalloz, *Collectivités locales*, Dalloz, Tome V, Fascicules 5007-1 à 5038-50, 2002.

-LEYTE G (contribution), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

-CORNU G, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, édition, n°09, 2011.

-BLOCK M, *Dictionnaire de l'administration française*, cinquième édition, Tome 1, A-E, Berger-Levrault et cie, 1905.

V Codes :

-Code général de la propriété des personnes publiques, commenté sous la direction de P. Yolka, Litec, 2010.

-Code général des collectivités territoriales, Litec, 2011.

VI-Thèses :

-BETTIO N, *La circulation des biens entre personnes publiques*, Thèse, Toulouse I, 2009.

-BOURDEAU B, *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, 2 tomes, Thèse, Poitiers, 1980.

-CHAMARD C, *La distinction des biens publics et des biens privés ; Contribution à la définition de la notion de biens publics* », Nouvelles bibliothèque des thèses, Dalloz, 2004, NBT, vol. 33.

-COTTO-GHERARDI V, *Entreprises publiques de service public et domanialité publique*, Thèse, Orléans, 2000.

- DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, thèse, Aix-Marseille III, 1994.
- DUVERGER M, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Thèse, Bordeaux, 1940.
- FATOME E, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous. Recherches sur son fondement et son étendue*, Thèse Caen, 1974.
- JANSSE L, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris Domat-Montchrestien, 1938.
- LENOIR Y, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, thèse, Paris, Sirey, 1966.
- LEYTE G, *Domaine et domanialité publique dans la France Médiévale (XIIe-XVe siècles)*, préface A. Rigaudière, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1996.
- LOGEAT C, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, Préface de J. Petit, L'Harmattan, juillet 2011.
- MAMONTOFF C, *Domaine public et entreprises privées : la domanialité publique mise en péril par le marché*, Thèse Perpignan, 1996.
- MAROGER G, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préface R. Capitant, Sirey, 1942.
- MOYSAN H, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 219, 2001.
- NICINSKI S, *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001.
- WALINE M, *Les mutations domaniales. Etude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, thèse, Paris, Jouve, 1925.
- YOLKA P, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 191, 1997.

VII-Articles de doctrine :

-ABATE A, « Droit communautaire, privatisations, déréglementations », *RDMUE* 1994, n°3 p. 35.

-AGLAE M-J, « Division en volumes et propriété privée sur le domaine public », *RDI*, 1993, p 313.

« Commentaire de la loi du 25 juillet 1994 », *LPA*, 28 décembre 1998, p. 4.

-ALLINNE P, « Domanialité publique et ouvrages complexes », *AJDA*, novembre 1977, p. 523.

-AMADEI J-P, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation à la lumière de la décentralisation. », *AJDA*, 10 décembre 1996, p. 981.

« Vers la constitutionnalisation du domaine public », *LPA*, 9 août 1995, n°95, p.19.

-AMADEI J-P, « Sur la nature du droit de propriété du domaine privé », *RDP*, LGDJ, n°2, 1998, p. 505.

-AMIEL O, « L'aliénabilité n'est pas le bon remède à la respiration des collections publiques », *JCP A*, n°10-11, 3 mars 2008, p. 8.

-ARRIGHI de CASANOVA J, « Etablissements publics et domanialité publique ; réflexions sur la célébration discrète d'un mariage de raison », *AJDA*, 20 juin 1985, p 347.

-ASSOULINE P, « Le tabou absolu des musées », *Le Monde* 2, 10 février 2007, p 16.

-AUBY J.M, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *EDCE*, 1958, p. 35.

« Le bail emphytéotique sur le domaine public », *CJEG*, 1991, p. 71.

-AUBY J-F, « Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires ? », *RFDA*, 2004, p. 1095

-AUBY J-B, « La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 20 novembre 2001, p. 912.

« Problématiques de l'externalisation », *DA*, juin 2008, p. 1.

« Un précédent : le droit réel conféré aux occupants du domaine public des collectivités territoriales », *JCP N*, doctrine 1996, p. 1235.

« L'immatériel dans l'Etat », *DA*, n°6, juin 2007, p. 1.

- « Le patrimoine hospitalier et l'évolution du droit des propriétés publiques »,
D. 1993, chronique p. 296.
- Association H.CAPITANT des amis de la culture juridique française, « *Apports de R.CAPITANT à la science juridique*, Litec, 1992, p. 38.
- BACHELIER G, « Les transferts de propriétés entre personnes publiques », colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques, *JCP G*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1898.
- BAILLEUL D, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés. », *RJEP*, n°629, mars 2006, p. 105.
- « Le droit administratif en question : de l'intérêt général à l'intérêt économique général ? », *JCP A*, n°13-14, 29 mars 2005, p. 587.
- BALLANDRAS-ROZET C, « Les justifications économiques et juridiques au critère de l'aménagement indispensable », *JCP A*, n°15, 10 avril 2007, p. 30.
- « L'aménagement indispensable, un critère discutable de réduction du domaine public », *AJDA*, 19 mars 2007, p. 571.
- BARCKHAUSEN H, « Etude sur la théorie générale du domaine public (1^{er} article) », *RDP*, 1902, p. 401.
- « Etude sur la théorie générale du domaine public (1^{er} article) », *RDP*, 1903, p. 31.
- BARRIERE F, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E*, n°36, 6 septembre 2007, p. 13.
- BARTHELEMY C, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements public : mythe ou réalité ? », *CJEG*, 2004, p. 427.
- BELL J, KENNEDY T-P, « La notion de service public au Royaume-Uni et en Irlande » in *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2001.
- BEROUJON F, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA*, janvier-février 2008, p. 26.
- BIENVENU J-J, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, PUF, n°4, 1986, p. 93.
- BIOY X, « La propriété éminente de l'Etat », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 963.
- BLANLUET G, LE GALL J.P, « La fiducie, une œuvre inachevée, un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007. », *JCP G*, n°27, 4 juillet 2007, p. 11.
- BLIN O, « La désaffectation domaniale », *RDI*, n°1, janvier-mars 1999, p. 49.

-BOSGIRAUD C, « Les transferts de propriétés entre personnes publiques », colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques, *JCP G*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1895.

-BOULET-SAUTEL M, « De Choppin à Proudhon : naissance de la notion moderne de domaine public », *Droits*, PUF, n°22, 1995, p. 91.

-BOUTAYEB C, « Liberté d'utilisation du domaine public et affectation domaniale », *RDP*, LGDJ, n°1, 2001, p. 221.

-BRACONNIER S, « La loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, la régulation économique à l'épreuve du service public », *RJEP*, n°627, janvier 2006, p. 1.

« Les contrats de Private Finance Initiative, réflexions sur la dynamique contractuelle dans les partenariats public-privé », *BJCP*, n°22, mai 2002, les Editions Formations Entreprises, p. 174.

« De la protection à la valorisation, Brèves réflexions sur la propriété aéroportuaire », Mélanges en l'honneur de LACHAUME J.F, *Le Droit administratif, permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 101.

« Les contrats de partenariat et les collectivités territoriales locales : entre mythes et réalités », *BJCP*, n°36, p. 340.

-BRENET F et MELLERAY, « La loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat : une étape décisive du « plan de stimulation du partenariat public-privé », *RJEP*, 2008, p. 3.

-BRICQ N, « Rapport d'information sur l'Etat locataire », *Sénat*, n° 510, juillet 2009.

-BRISSON J-F, « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *AJDA*, 3 octobre 2005, p. 1835.

« Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *AJDA*, mars 2005, p. 591.

« L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *AJDA*, 2005, p. 591.

-BROUANT J-P, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie, atteinte ? », *LPA*, 15 juillet 1994, n°84, p. 21

-BROUANT J.P, NOVAK A, « Les propriétés publiques immobilières en droit français et allemand », *RA*, 46^{ème} année, juillet-août 1993, p 370.

-BROUSSOLLE D, « La création de Réseau ferré de France », *AJDA*, 20 mai 1997, p. 456.

-BUFFIER D, « Vente du patrimoine public, l'Etat, bon père de famille ? », *Le Monde*, Mardi 6 février 2007, p. 21.

-CAILLOSSE J, « Faut-il en finir avec la domanialité publique ? », *Etudes Foncières*, novembre décembre, 2002, n°100, p 7.

« Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 20 mars 1999, p. 195.

« Le service public à la française : déconstruction d'un mythe ? », *La réforme de l'Etat*, Actes du colloque international de Toulon du 1^{er} et 2 octobre 2004, Bruylant Bruxelles, 2005, p. 177.

« Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », *AJDA*, 20 février 2000, p. 99.

« Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA*, 20 décembre 1996, p. 955.

-CHAMARD-HEIM C, « Les frontières de la propriété ; Le domaine public », actes du colloque de Toulouse du 27 et 28 octobre 2005, *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, in *Droit et Ville, Revue de l'institut des Etudes Juridiques de l'urbanisme et de la construction*, n°61, 2006, p. 120.

-CHEROT J-Y, TREMEAU J, « La commande publique et le partenariat public/privé à nouveau devant le Conseil Constitutionnel », CC, 22 août 2002, n°2002-460 DC, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, *AJDA*, 28 octobre 2002, p. 1059.

-CHEVALLIER J, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA*, septembre-octobre 1996, p. 909.

-COLLY F, « Le Conseil Constitutionnel et le droit de propriété », *RDP*, 1988, p. 135.

-COPPOLANI C, « La conception française du service public : défaite ou conquête ? », *JCP A*, n°16-18, 16 avril 2007, p. 33.

-CORBION L, « La propriété devant la Cour européenne des droits de l'homme », », actes du colloque de Toulouse du 27 et 28 octobre 2005, *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, in *Droit et Ville, Revue de l'institut des Etudes Juridiques de l'urbanisme et de la construction*, n°61, 2006, p. 103.

-CUCHE P, « Domanialité publique, service public et partenariats public-privé », *DA*, n°10, octobre 2003, p. 5.

-DAVID BEAUREGARD-BERTHIER O de, « Domaine public et droits réels. Commentaire de la loi n°94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du Domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *JCP G*, 1995, I, n°3812.

-DE FENOYL E, « Timide avancée pour le contrat de partenariat, occasion manquée pour le partenariat public-privé. », *AJDA*, septembre 2008, p. 1709.

- DE GAUDEMAR H, « Un droit domanial spécial des personnes publiques spécifiques », *JCP A*, n°28, 10 juillet 2006, p. 964.
- DELALOY G, « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP*, n°3, 2006, p. 575.
- DELION A, « De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire », *Revue française de l'administration publique*, L'Etat actionnaire, n°124, *L'ENA CERA* (Centre d'expertise et de recherche administrative), 2007, p. 537.
- DELVOLVE P, « De nouveaux contrats publics, les contrats globaux », *RFDA*, novembre décembre 2004, n°6, p. 1079.
- « Droit de propriété et droit public », *Mélanges en l'honneur de Braibant G, L'Etat de droit*, Dalloz, 1996, p. 149.
- « Service public et libertés publiques », *RFDA*, Janvier-février 1985, p. 1.
- Constitution et contrats publics, *in Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Dalloz, 2004, p. 469.
- DEMOUVEAUX J-P, « Le gaspillage des deniers publics comme critère de la domanialité publique », *Etudes foncières*, n°84, automne 1999, p. 10.
- DERGATCHEFF C, « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays Anglo-saxons, Suisse, Luxembourg. », *JCP E*, °36, 6 septembre 2007, p. 46.
- DESCIMON R, « L'Union au domaine royal et le principe d'inaliénabilité. La construction d'une loi fondamentale aux XVI et XVII siècles », *Droits*, n°22, 1995, p. 79.
- DEVES C, « Le patrimoine des collectivités territoriales : un droit en quête d'évolution (s) ; 1^{ère} partie : Des évolutions déjà perceptibles. », *JCP A*, n°41, 10 octobre 2005, p. 1512.
- « Le patrimoine des collectivités territoriales : un droit en quête d'évolution (s) ; 2d partie : des réformes en perspectives. », *JCP A*, n°43-44, 24 octobre 2005, p. 1603.
- « L'avenir des Entreprises publiques », *La réforme de l'Etat*, Actes du colloque international de Toulon du 1^{er} et 2 octobre 2004, Bruylant Bruxelles, 2005, p. 201 à 228.
- DIDIER J-P, « Le déclassement du domaine public lors de la privatisation d'un propriétaire public », *Droit et Patrimoine*, juillet-août 2005, n°139, Lamy SA, p. 99.
- DOUENCE M, « De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques », *AJDA*, 6 février 2006, p. 238.
- DREYFUS J-D, « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 18 novembre 2002, p. 1214.

- « Peut-on démultiplier l'usage du partenariat public-privé sans réformer la Constitution ? », *AJDA*, 19 novembre 2007, p. 2105.
- « La valorisation par l'Etat de son patrimoine immatériel », *AJDA*, 13 avril 2009, p. 696.
- DUFU J, « Le changement de statut d'Aéroports de Paris », *JCP A*, n°27, 4 juillet 2005, p. 1077.
- « Le domaine public fluvial des collectivités territoriales : des transferts de compétences aux transferts de propriété », *JCP A*, n°6-7, 14 février 2005, p. 359.
- « Du transfert des aéroports de l'Etat aux collectivités territoriales », *JCP A*, n°10, 7 mars 2005, p. 474.
- DUPRAT J-P, « L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat », *AJDA*, 21 mars 2005, p. 578.
- DUROY S, « La sortie des biens du domaine public : le déclassement », *AJDA*, 20 novembre 1997, p. 819.
- « Biens meubles culturels et cultuels. Considérations sur une appartenance exclusive au domaine public mobilier. », *RFDA*, 9 novembre 2007, p. 1155.
- EISENMAN L, « Propriété privée et domanialité publique virtuelle », *LPA*, 18 août 1997, n°99, p. 4.
- EVEILLARD G, « L'application dans le temps des nouveaux critères de définition du domaine public », *DA*, octobre 2010, p. 17.
- FATOME E, « A propos de l'incorporation au domaine public », *AJDA*, 13 février 2006, p. 292.
- « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1192.
- « Le régime juridique des biens affectés au service public. A propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 14 avril 2005. », *AJDA*, 30 janvier 2006, p. 178.
- « Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004 », *AJDA*, 21 mars 2005, p. 584.
- « Externalisation et protection des biens affectés au service public ; le point de vue d'un universitaire », *AJDA*, 14 mai 2007, p. 959.
- « Désaffectation et déclassement », colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques, *JCP G*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1892.

- « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », *AJDA*, 29 mai 2006, p. 1087.
- FATOME E, TERNEYRE P, « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », *AJDA*, 20 février 1997, p. 126.
- « Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », *CJEG*, novembre 1994, n°504, p. 569.
- FATOME E et RICHER L, « Le Conseil Constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique. A propos de la décision du Conseil Constitutionnel n°2003-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, p. 2348.
- « Contrats de partenariat immobilier : réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages », *Contrats publics*, septembre 2004, p. 24
- FOULQUIER N, « Les mutations domaniales et les principes constitutionnels », *AJDI*, 1997, p. 828.
- FOURNIER J, « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *RJEP*, n°619, avril 2005, p. 135.
- GAUDEMET Y, « L'avenir du droit des propriétés publiques », *L'avenir du droit*, Mélanges Terré, Dalloz, 1999, p. 567.
- « Libertés publiques et domaine public », *Libertés*, Mélanges J. ROBERT, Montchrestien, 1998, p. 125.
- « Les constructions en volume sur le domaine public », *CJEG*, octobre 1991, n°470, p. 297.
- « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP*, n°36, p. 331.
- « La superposition des propriétés privées et du domaine public », *D*. Tome I, 1978, chronique p. 293.
- « Les travaux de la législation privée. Le rapport de l'Institut de la gestion déléguée », *LPA*, n°147, 23 juillet 2004, p. 9.
- « La réforme du droit des propriétés publiques : une contribution », *CJEG*, n°608, avril 2004, p. 163.
- « Le nouveau code général de la propriété des personnes publiques, une mise en perspective », *RJEP*, n°636, novembre 2006, p. 403.
- « Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques », *RJEP*, août-septembre 2007, n°645, p. 285.

- « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité), Mélanges en hommage à R. DRAGO, *L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 259.
- « Valorisation des propriétés publiques », *JCP N*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1903.
- « Synthèse des travaux », colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques, *JCP N*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1906.
- « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 29 mai 2006, p. 1094.
- « Du domaine de la Couronne au domaine public ; étude d'histoire des doctrines », Mélanges en l'honneur de LACHAUME J.F, *Le Droit administratif, permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 525.
- GAUDEMET Y ; DERUY L, « Les travaux de la législation privée. Le rapport de l'Institut de la gestion déléguée », *LPA*, n°147, 23 juillet 2004, p. 9.
- GASTINES (DE) L, « La distinction jurisprudentielle du domaine public par rapport au domaine privé », *D.* 1978, chronique p. 249.
- GONZALEZ G, « Domaine public et droit de la concurrence », *AJDA*, 20 mai 1999, p. 387.
- GROS M, « Affectation et domanialité publique », *RDP*, 1992, p. 749.
- GUENAIRE M, « Le service public au cœur du modèle de développement français », *JCP A*, n°20, 16 mai 2005, p. 789.
- HENRY J-P, « La fin du rêve Prométhéen ? La marché contre l'Etat », *RDP*, 1991, p. 631.
- HERVOUET F, « L'utilité de la notion d'aménagement spécial dans la théorie du domaine public », *RDP*, 1983, p. 135.
- HOFFMANN F, « La propriété publique à l'épreuve de la circulation des biens entre personnes publiques. A propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 3 décembre 2009 (loi relative à l'organisation et à la régulation du transport ferroviaire) », *DA*, août-septembre 2010, p.7.
- HUBRECHT H G, « Faut-il définir le domaine public et comment ? », *AJDA*, 21 mars 2005, p. 598.
- « L'inaliénabilité, passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel », *La constitution et ses valeurs*, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, Dalloz, 2005, p. 417.
- HUBRECHT H G, MELLERAY F, « Le Code général de la propriété des personnes publiques », *DA*, 8-9 août/septembre 2006, p. 4.
- HUET G, « Contrat de partenariat : vers un premier bilan », *JCP A*, avril 2011, p. 18.

- JEZE G, « De la notion d'utilité publique », *RDP*, 1921, p. 362.
- KARADGE ISKROW N, « Nature juridique des choses publiques », *RDP*, 1930, p. 670.
- LACHAUD J, « Va-t-on supprimer le domaine privé des personnes morales de droit public ? », *Gazette du Palais*, 5 mars 1992, p. 171.
- LACHAUME J-F, « Marcel Waline et le droit du domaine public », *RDP*, n°4, 2002, p. 955.
- LAGRANGE M, « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDP*, 1974, p. 5.
- LANDAIS C, LENICA F, « La théorie des mutations domaniales n'est pas écornée par le nouvel article L11-8 du code de l'expropriation », *AJDA*, 15 novembre 2004, p. 2148.
- LARRALDE D, « Frontières de la domanialité publique », *JCP N*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1885.
- LATOURNERIE M.A, « Pour un nouveau concept du domaine public », *CJEG*, n°617, février 2005, p. 47.
- LAUBADERE A, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », *RDP*, 1950, tome 70, p. 5.
- LAVAL N, « Développement économique et domaine public », *LPA*, 9 juillet 1997, n°82, p. 8.
- LAVIALLE C, « L'ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privée. », *RFDA*, 12 (6), novembre-décembre 1996, p. 1124.
- « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP*, 1990, p. 469.
- « Une privatisation peut en cacher une autre », *AJDA*, 27 septembre 2004, p. 1729.
- « Les édifices affectés aux cultes », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 949.
- « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G*, 1994, n° 3766, p. 259.
- « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat en France sous l'Ancien Régime », *Droits*, n°15, 1992, p. 19.
- « Le domaine public : une catégorie juridique menacée ? », *RFDA*, mai-juin 1999, p. 578.
- « Critères de distinction des domaines public et privé », *RDI*, 1999, p. 75.
- « La loi du 13 février 1997 créant « Réseau ferré de France » et le nouveau régime des domaines et transports ferroviaires. », *RFDA*, juillet-août 1997, p. 768.
- « L'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 et l'évolution du droit de la domanialité publique », *CJEG*, mai 1988, p. 163.

« L'acte de gestion domaniale », Mélanges en l'honneur de F.MODERNE, Mouvement du droit public, du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français au autres droits, Dalloz, 2004, p 265 à 275.

« Les propriétés publiques saisies par la comptabilité », *AJDA*, 5 décembre 2005, p. 2257.

« La constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat ; commentaire de la loi n°94-631 du 25 juillet 1994 portant réforme du code du domaine de l'Etat et de la décision du Conseil Constitutionnel n°94-346 du 21 juillet 1994 s'y rapportant, *RFDA*, novembre-décembre 1994, p. 1106.

« Décentralisation et domanialité », *RFDA*, 1996, p. 959.

« Que reste-t-il de la jurisprudence Société le Béton ? », *RFDA*, mai-juin 2010, p. 533.

-LEGAL H, « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », *AJDA*, 14 mai 2007, p. 949.

-LE ROUX M, « Le transfert de propriété de monuments historiques aux collectivités territoriales », *AJDA*, 19 novembre 2007, p. 2117.

-LEUFFLEN P, « Externalisation du domaine et protection du service public ; le point de vue d'un notaire », *AJDA*, 14 mai 2007, p. 962.

-LEVY D, « Réflexions sur la notion d'utilité publique », in Mélanges offert au Professeur Robert-Edouard Charlier, *Service public et libertés*, édition Emile-Paul, 1981, p. 195 à 204.

-LEYTE G, « Imperium et dominium chez les glossateurs », *Droits*, n°22, 1995, p. 19.

-LICHÈRE F, « Le projet de loi sur les contrats de partenariat : vers l'extension et la clarification du partenariat public-privé ? », *AJDA*, 28 janvier 2008, p. 123.

« Le Conseil Constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : bis repetita non placent, (commentaire des considérants 13 à 20 de la décision n°2003-473DC, du 26 juin 2003) », *RDP*, n°4, 2003, p. 1163.

-LIET-VEAUX G, « Hypertrophie pathologique de la notion de domaine public », à propos de l'arrêt du CE, 28 janvier 1970, Consorts Philip-Bingisser, *RA*, 1970, p. 297.

-LIGNIERES P et BABIN L, « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'Etat », *DA*, mai 2002, p. 37.

-LINDITCH F, « La réforme de l'Etat et l'externalisation contractuelle », *La réforme de l'Etat*, Actes du colloque international de Toulon du 1^{er} et 2 octobre 2004, Bruylant Bruxelles, 2005, p. 229 à 248.

- « PPP, l'urgence précisée par le Conseil d'Etat », *JCP A*, septembre 2010, p. 25.
- LLORENS F, SOLER-COUTEAUX P, « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 935.
- LOMBARD M, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? » ; *AJDA*, 16 janvier 2006, p. 79.
- « De l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire : quels changements juridiques ? », *RFAP*, L'Etat actionnaire, n°124, L'ENA CERA (Centre d'expertise et de recherche administrative), 2007, p. 573 à 584.
- « La Poste, société à capital variable », *RJEP*, janvier 2011, p. 1.
- « La parole de l'Etat actionnaire n'est pas une aide d'Etat », *RJEP*, Août-septembre 2010, p. 1.
- LUCHAIRE Y, « La nouvelle domanialité des collectivités territoriales et de leurs groupements », *Collectivités Territoriales-Intercommunalité*, juriscasseur, Mars 2005, p 7.
- MAETZ O, « les collectivités territoriales peuvent-elles se prévaloir du premier protocole additionnel à la Convention Européenne des droits de l'homme ? », *AJDA*, 24 mars 2008, p. 562.
- MALWE C « La valorisation du patrimoine immatériel de l'Etat », note sous les deux décrets du 10 février 2009, *DA*, avril 2009, p. 32.
- MANSON C, « La reconnaissance de droits réels sur le domaine public universitaire », *JCP A*, février 2011, p. 29.
- MARCUS E, « Deux ans de modernisation de l'Etat », *RFDA*, mai-juin 2007, n°3, p. 457.
- MARKUS J-P, « loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports : mise aux normes concurrentielles des aéroports nationaux », *Collectivités Territoriales-Intercommunalité*, Juriscasseur, septembre 2005, n°9, chronique 10, p. 6.
- MAUGUE C, « La réforme du droit des propriétés publiques et la gestion du patrimoine public », *BJCP*, n°53, 2007, p. 258.
- C. MAUGUE et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, Dalloz, 2006, p. 1073.
- « La ratification du Code Général de la propriété des personnes publiques, enfin ! », *AJDA*, 2009, p. 1177.
- MELLERAY F, « Définitions et critères du domaine public », *RFDA*, Dalloz, septembre-octobre 2006, p 906
- « Incertitudes sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 4 juillet 2005,

p. 1376.

« L'échelle de la domanialité », *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz 2004, p. 287.

« La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique, remarques sur la modernisation annoncée de la notion de domaine public », *AJDA*, 8 mars 2004, p. 490.

« L'exploitation du domaine public », *RJEP*, n°636, novembre 2006, p. 423.

« Ecole de Bordeaux, école du service public, école du guiste : proposition de distinction », *RFDA*, n°6, p. 1887.

-MELLERAY F et BRENET F, « La loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat : une étape décisive du « plan de stimulation du partenariat public-privé » ?, *RJEP*, novembre 2008, p. 3.

-MIGUET L, « Un centre de tri de la Poste en location », *Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, n°5109, 26 octobre 2001, p. 72.

-MORAND-DEVILLER J, « La valorisation économique du patrimoine public », *Mélanges Drago*, 1996, p. 273.

« Domaine public, affectation, copropriété », *RDI*, 1995, p. 457.

« La crise du domaine public ; à la recherche d'une institution perdue », Mélanges en l'honneur de LACHAUME J.F, *Le Droit administratif, permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 737 à 753.

-MOURGEON J, « De quelques rapports entre libertés et la domanialité publique », Mélanges offerts à P.Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 607.

-NICINSKI S, « La délivrance des autorisations d'occupation du domaine public et le droit de la concurrence », CAA de Paris, 4 décembre 2003, SETIL, *AJDA*, 31 janvier 2005, p. 200.

« Lease américain, équipements publics et droit administratif », *AJDA*, Dalloz, 20 juin 2001, p. 538.

« Les services sociaux devant le Conseil d'Etat : la construction d'une exception française », *AJDA*, 4 février 2008, p. 185.

« La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés. », *RFDA*, janvier-février 2008, p. 35.

« L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 1027.

- « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », *Confluences*, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller, Montchrestien, 200, p. 659.
- NOGUELLOU R, « Les rapports domaniaux entre personnes publiques », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 957.
- « Le bail emphytéotique administratif », *DA*, juin 2011, p. 3.
- PAULIAT H, « La partie réglementaire du CGPPP : la recherche d'une sécurisation des procédures », *JCP A*, 2011, p.759.
- PERINET-MARQUET H, « La propriété à l'épreuve de la décentralisation », *D.* 1986, 17^{ème} cahier, chronique p. 127.
- PERROTET S, « 1986-2006 : Bilan de vingt années de privatisation », *RJEP*, avril 2008, n°652, p. 3.
- PERRUZZETTO S, JAZOTTES G, « Le point de vue du juriste en droit communautaire sur la propriété et l'appropriation », actes du colloque de Toulouse du 27 et 28 octobre 2005, *Qu'en est-il de la propriété. L'appropriation en débat*, in *Droit et Ville, Revue de l'institut des Etudes Juridiques de l'urbanisme et de la construction*, n°61, 2006, p. 82.
- PEYRICAL J.M, « A propos de la création des entreprises nationales France Télécom : réflexions sur le devenir du statut des biens immobiliers », *RDP*, mai-juin 1997, p. 783.
- « Transfert de biens entre collectivités publiques ; pour un assouplissement du droit de la domanialité publique », *AJDA*, 11 novembre 2002, p. 1157.
- PEYRICAL J.M, BLONDEL D, « Un nouveau code pour changer d'ère », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 9 juin 2006, n°5350, p. 76.
- PIETRI G, DE BERNIS C, « Quelques réflexions complémentaires sur la réforme droits réels et son incidence sur la gestion du domaine public », *LPA*, 8 février 1995, n°17, p. 16.
- PISANI C, « Valorisation des propriétés publiques », *JCP N*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1900.
- PISANI C et BOSGIRAUD C, « Premières réflexions de la pratique sur le code général des propriétés publiques », *AJDA*, 29 mai 2006, p. 1098.
- PONTIER J.M, « Le nouveau statut de la Poste », *JCP A*, n°11-12, 2010, p. 2
- POURCEL E, « A qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titre d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », *JCP N*, n°24, 15 juin 2007, p. 16.
- POYET M, « La transformation des entreprises publiques : un véritable enjeu de pérennité », *RA*, n°342, novembre 2004, p. 565.

-QUERRIEN M, intervention au Club des opérateurs fonciers réuni à Brest le 30 novembre 1993, *Etudes foncières*, n°62, mars 1994, p. 13.

« La nouvelle gestion du domaine public immobilier de l'Etat », *RFAP, Institut international d'administration publique*, n°76, octobre-décembre 1995, p. 675.

-QUIOT G, « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et France Télécom », *AJDA*, 18 avril 2005, p. 813.

-RAPP L, « Entrée et sortie des biens (la propriété « choisie ») », *RFDA*, septembre-octobre 2006, p. 916.

« De la domanialité publique à l'appartenance publique. Une évolution dans la Révolution ! », Actes du colloque de Toulouse du 12-14 octobre 1989, *Propriété et Révolution*, textes réunis par Genièvre Koubi, Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 165 à 171.

« France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid. », *AJDA*, 22 mars 2004, p. 579.

-RENZENTHEL R, « Le droit de propriété de l'occupant du domaine public », actes du colloque de Toulouse du 27 et 28 octobre 2005, *Qu'en est-il de la propriété. L'appropriation en débat*, in *Droit et Ville, Revue de l'institut des Etudes Juridiques de l'urbanisme et de la construction*, n°61, 2006, p. 147 à 169.

« L'exploitation du fonds de commerce sur le domaine public : vers la fin d'un malentendu », *Gaz. Pal*, 10 février 1998, p. 196.

-RICHER L, « Remarques sur les entreprises privées de service public », *AJDA*, 20 juin 1997, n° spécial, p. 103.

-RIVERO J, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, Avril-Juin, n°2, 1953, p. 279.

-ROLIN F, « Les contrats de partenariats sont aussi coûteux que les autres modes d'investissement public », *AJDA*, 25 juin 2007, p. 1209.

-ROQUES F, « La fondation d'utilité publique au croisement du public et du privé », *RDP*, 1990, p. 1755.

-SABIANI F, « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, janvier 1977, p. 4.

-SABLIERE P, « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? », *AJDA*, 12 décembre 2005, p. 2324.

- « A propos de quelques arrêts récents : réflexions sur les critères et le régime de la domanialité publique », *CJEG*, novembre 1989, p. 357.
- « Les servitudes sur le domaine public », *CJEG*, n° 466, mai 1991, p. 149
- SABOURIN P « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français », *RDP*, 1971, p. 589.
- SANDEVOIR P, « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », *AJDA*, février 1966, p. 86.
- SARAZIN H, « Désaffectation et déclassement », colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques, *JCP N*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1890.
- SIORAT L, « La notion d'affectation en matière domaniale », *RDP*, 1958, p. 866.
- SORBARA J-G, « Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 26 mars 2007, p. 619.
- SMEND R, « À propos du problème du public et de l'espace public (öffentlichkeit) », *Droits*, n°22, 1995, p. 163.
- SPITZ P.E, « Les nouvelles méthodes de la gestion des biens publics : l'exemple de Paris », *BJCL*, n°7, 2007, p. 454.
- SYMCHOWICZ N, « Paradoxes sur les contrats de partenariat », *C-MP*, n°12, décembre 2004, p. 8
- TARDIVEL B, « L'indépassable théorie des mutations domaniales », *AJDA*, 23 juin 2003, p. 1209.
- TERNEYRE P, « Conditions de l'appartenance d'un bien au domaine public », à propos de trois arrêts du Conseil d'Etat, *RA*, 1987, p. 549.
- TRESCHER B, « De quelques apports du Nouveau Code général de la propriété des personnes publiques en matière d'occupation du domaine public », *C-MP*, n°7, juillet 2006, chronique 6, p. 3.
- TRICOT H, « Externalisation : que restera-t-il à gérer aux communes ? », *Maires de France*, n°136, septembre 2002, suppl. Equipements et services, p. 14.
- TRUCHET D, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif », *Clés pour le siècle, Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Université Panthéon Assas Paris II, Dalloz, 2000, p. 443 à 464.
- UBAUD-BERGERON M, « Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'Etat », *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1361.

-VERDIER Henri, « Entrée dans le domaine public », *DA*, février 2002, n°2, commentaire n°28, p. 21.

-VERGNAUD P, « Vers un élargissement de la notion de domanialité publique », *AJDA*, 1960, p. 454.

-VERPEAUX M, « Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : Permanence et actualité », *CJEG*, décembre 1999, n°560, p. 411.

-VIDAL-NAQUET A, « L'irréductible théorie des mutations domaniales », *RFDA*, novembre-décembre 2005, p. 1106.

-YOLKA P, « Un Etat sans domaine ? », *AJDA*, 26 mai 2003, p. 1017.

« Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques », *JCP A*, n°22, 29 mai 2006, p. 687.

« Du « squat » au « bien », *JCP A*, n°1-2, 9 janvier 2006, p. 29.

« Identifier le domaine public », *RJEP*, n°636, novembre 2006, p. 411.

« Le patrimoine immobilier de La Poste (observations en marge d'un arrêt récent), *JCP A*, n°29, 18 juillet 2005, p. 1138.

« Le mobilier administratif (questions d'actualité) », *BJCL*, n°7, 2007, p. 459.

« Requiem pour la gratuité ? », *JCP A*, 19 février 2007, p. 3.

« Les meubles de l'Administration », *AJDA*, 14 mai 2007, p. 964.

« L'expropriation des collectivités territoriales », *JCP A*, n°6, février 2008, p. 32.

« Déclassement des immeubles de l'Etat : pourquoi faire simple... ? », *JCP A*, n°8, 18 février 2008, p. 3.

« L'impact de la LOPPSI sur le régime du bail emphytéotique administratif », *JCP A*, avril 2011, p. 29.

« Reconversion de l'hôtel de la Marine , le bateau ivre ? », *AJDA*, 7 mars 2011, p. 429.

« Les ventes immobilières de l'Etat », *RDP*, n°4, 2009, p. 1037.

VIII- Conclusions et notes de jurisprudence :

-ALIBERT R, note sous CE, 1^{er} décembre 1920, Chabraud et Pellevoisin, CE 10 juillet 1922, Gischia, CE, 7 décembre 128, Compagnie des tramways de Sète et CE, 19 juillet 1929, Dupouy, S. 1930, 3^{ème} partie, p. 1.

-ARRIGHI DE CASANOVA J, conclusions sous CE, Assemblée, 23 octobre 1998, EDF, *CJEG*, 1998, p. 490.

conclusions sous CE, 25 février 1994, SA SOFAP-Marignan, Rec. Conseil d'Etat p. 94, *RFDA*, 1994 p. 510.

-BASEX M et BLAZY S, note sous CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, *DA*, juin 2007, commentaire n°95, p. 35.

-BLAEVOET C, note sous CE, 29 janvier 1932, Société des Autobus Antibois, *D.* 1932, III, p. 60.

note sous CE, 19 octobre 1956, Sté le Béton, *JCP G*, 1957, II, n°9765.

note sous CE, 22 janvier 1960, Gladieu, *JCP G*, 1962, n°12443.

note sous TC, 28 mars 1955, Effimieff, *JCP G*, 1955, n°8786.

-BOITEAU C, note sous C. Cass., Ass. Plén., 6 janvier 1994, Consorts Baudon de Mony c. EDF, *RFDA*, 1994, p. 1121.

-BON P, note sous CC, n°94-346 DC, 21 juillet 1994, inaliénabilité du domaine public, *RFDC*, n°20, 1994, p. 814.

CE, 13 janvier 1984, Commune de Thiais, *D.* 1984, p. 605.

-BRENET F, note sous CE, 23 juillet 2010, M. Lenoir et autres, *RJEP*, janvier 2011, p. 14.

-BRONDEL S, note sous, CE, 25 janvier 2006, Commune de la Souche contre M.et Mme Claite, *AJDA*, 6 février 2006, p. 231.

-CAPITANT.R, note sous CE, 17 février 1932, Commune de Barran, *D.*1933, IIIème partie, p. 49.

-CHENOT, conclusions sous CE, 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique Orientale, *D.* 1944, p 164 ; *RDP* 1944, p. 241.

-COMBARNOUS M, GALABERT J-M, conclusions sous CE, Ass. 11 mai 1959, Dauphin, Rec. Conseil d'Etat, p. 294, *AJ* 1959, I, p. 113.

-DELIANCOURT S, note sous CAA de Marseille, 6 décembre 2004, Commune de Nice, *AJDA*, 2005, p. 832.

- DENOIX de SAINT Marc R, LABETOULLE D, note sous CE, 8 mai 1970, Société Nobel-Bozel, *AJDA*, 1970, p. 312.
- DELPIROU D, note sous CE, Assemblée, 23 octobre 1998, EDF, *CJEG*, 1998, p. 490.
- DREYFUS J.D, note sous TA d'Orléans, 9 mai 2007, La Poste, *AJDA*, 16 juillet 2007, p. 1405.
- DUFAU J, note sous C. Cassation 1^{ère} civ, 2 avril 1963, Montagne Réunion des Musées de France, *AJDA*, 1963, p. 486.
- note sous, CE, 11 février 1994, Compagnie Générale la Préservatrice foncière, Rec. Conseil d'Etat, p. 64, *AJDA*, 1994, p. 548.
- note sous CE, Avis, 11 juillet 2001, Adèle, *AJDA*, mars 2002, p. 266.
- ECKERT G, note sous CAA de Paris, 14 octobre 2008, Fond de développement des archipels, Société des entrepôts et magasins généraux de Tahiti, *C-MP*, 2008, n° 12, comm. 277.
- FATOME E, note sous CC, 14 avril 2005, n°2005-513 DC, Rec. p. 67 ; *AJDA*, 2006, p. 178.
- CE, 6 mai 1985, Association Eurolat-Crédit Foncier de France, Rec. Conseil d'Etat, p. 141 ; note sous *AJDA*, 1985, p. 620.
- note sous CC, 26 juin 2003, n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1404.
- « Le régime des biens affectés au service public. A propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 14 avril 2005 », *AJDA*, 30 janvier 2006, p. 178.
- FATOME E et RICHER L, note sous CC, 26 juin 2003, n°2003-473DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *RFDC*, n°56, octobre 2003, p. 772.
- FATOME E et TERNEYRE P, note sous CE, 21 avril 1997, Ministre du Budget contre société Sagifa, *RFDA*, septembre-octobre 1997, p. 935.
- CE, avis, 31 janvier 1995, section de l'intérieur et des travaux publics réunies, *AJDA*, 20 février 1997, p. 126.
- note sous CE, 21 avril 1997, Sagifa ; *RFDA*, 1997, p. 935.
- FEVROT O, note sous CAA de Lyon, 29 avril 2008, Société Boucheries André, *RDI*, 2008, 552.
- FRANC, conclusions sous CE, 22 avril 1977, Michaud, *AJDA*, 1977, p. 441.
- GAUDEMET Y, note sous CE, 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Rec. Conseil d'Etat, p. 406, *RDP*, 1998, p. 256.
- GONDOUIN G, note sous CC, 21 juillet 1994, n°94-346 DC, *AJDA*, 20 novembre 1994, p. 786.

- GULDNER, conclusions sous CE, 20 décembre 1957, Société Nationale d'Editions Cinématographiques, *S.* février 1958, p. 73.
- GUYOMAR M, conclusions sous CE, 23 juin 2004, Commune de Proville, *BJCL*, n°2, 2005, p. 103.
- conclusions sous TC, 12 avril 2010, E.R.D.F. c/ Michel, n° 3718, *JCP A* 2010, n° 2173, *RFDA*, mai-juin 2010, p. 551.
- HAURIOU M, note sous CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, *S.* 1909, III, p. 97.
- note sous CE, 17 janvier 1923, Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie contre société Piccioli frères, *S.* 1925, III, p. 17.
- HENRY M, conclusions sous CE, Ass. 20 avril 1960, Berthier, Rec. Conseil d'Etat, p. 264 ; *RDP*, 1960, p. 1223; *AJDA*, 1960, I, p. 78.
- HEUMANN J, conclusions sous CE 21 décembre 1956, Giraud, *AJDA*, 1957, II, p. 55.
- JEZE G, note sous CE, 21 mars 1930, Société agricole et industrielle du Sud Algérien, *RDP*, 1931, p. 763.
- note sous CE, 10 juin 1921, Commune de Montségur, *RDP*, 1921, p. 361.
- note sous CE, 13 mars 1925, Ville de Paris, *RDP*, 1925, p. 262.
- LABETOULLE M, conclusions sous CE, Assemblée, 3 mars 1978, Sieur Lecoq, *AJDA*, novembre 1978, p. 581.
- LATOURNERIE R, conclusions sous CE, 28 juin 1935, M.Marécar, *RDP*, 1935, p. 590.
- CE, 28 juin 1935, Marécar, *S.* III, 1937, p. 43.
- LAUBADERE A (de), note sous CE, Section, 28 juin 1963, Nancy, Rec. Conseil d'Etat p. 401 ; *AJ*, 1964, p. 91.
- LAVIALLE C, note sous CE, avis, 11 juillet 2001, Adelee, *DA*, février 2002, n°6, p. 28
- note sous CE, Assemblée, 2 décembre 1994, Département de la Seine-Saint-Denis, *RFDA*, n°4, juillet-août 1995, p. 655.
- LIET-VEAUX G, note sous CE, 28 janvier 1970, Consorts Philip-Bingisser, *RA*, 1970, p 297.
- LONG M, conclusions sous CE, 9 mai 1958, Delort, *AJDA*, 1958, II, p. 331.
- conclusions sous CE, 19 octobre 1956, Société Le Béton, *RDP*, 1957, p. 310.
- MANSON C, note sous CE, 26 mars 1999, Société EDA contre Aéroport de Paris, Rec. Conseil d'Etat, p. 96, *RDP*, 1999, p. 1545.

- MARGUERIE, conclusions sous CE, 21 novembre 1884, Conseil de fabrique de l'église de Saint-Nicolas-des-Champs, Rec. Conseil d'Etat, p 803.
- MAUGUE C, AUBY J-B, observations sous CE, 21 avril 1997, Sagifa; *RDI*, 1997, p. 418.
- MAUGUE C, conclusions sous CE, Sect., 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, *AJDA*, 2003, p. 477.
- MATTER O, conclusions sous TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'ouest africain, Rec. Conseil d'Etat, p. 91, *D.* 1921, 3, p. 1.
 - note sous TC, 12 avril 2010, E.R.D.F. c/ Michel, n° 3718, *JCP A* 2010, n° 2173, *RFDA*, mai-juin 2010, p. 551.
 - note sous C.E, Assemblée, Avis contentieux n° 323179 du 29 avril 2010, M. et M^{me} Béligaud, *J.O.R.F.* n°0107 du 8 mai 2010 p. 8406 texte n° 106 ; *RFDA*, mai-juin 2010, p. 572.
- MOUANES H, CAA de Nantes, 23 janvier 2009, Département du Loiret, n° 08NT01579, *JCP A*, 2009, p. 2135.
- MOREAU J, note sous TC, 12 avril 2010, E.R.D.F. c/ Michel, n° 3718, *JCP A* 2010, n° 2173.
- MORENO D, note sous, CE, 18 octobre 1995, Commune de Brive-la-Gaillarde, Rec. Conseil d'Etat p. 356 ; *Quot. jur.* 8 février 1996.
- PACTEAU B, note sous C. Cassation, 1^{ère} civ, 21 décembre 1987, BRGM contre Société Lloyd Continental, *RFDA*, 1988, p. 787.
- PAULIAT H, note sous CC, 17 décembre 2010, *RJEP*, août-septembre 2011, p. 37.
- PASTOR J.M, note sous CE, 19 décembre 2007, Commune de Mercy-le Bas, *JCP A*, n°3, 14 janvier 2008, p 10 et *AJDA*, 14 janvier 2008, p. 14.
- RICHER L, note sous C. Cassation, 1^{ère} civ, 21 décembre 1987, BRGM contre Société Lloyd Continental, *CJEG*, 1988, p. 107.
 - note sous CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, affaire C-324/98, *AJDA*, 2001, p. 106.
- RIVET M, conclusions sous CE, 13 mars 1925, Ville de Paris, *RDP*, 1925, p. 262.
 - conclusions sous CE, 20 juin 1930, Marrot, Rec. Conseil d'Etat, p. 644, *S.* 1931, III, p. 31.
- P-A. ROHAN et R. LEONETTI, note sous TA Paris, 21 octobre 2011, Société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Société Eiffarie, *AJDA* 2012, p. 208.
- ROSSILLION C, note sous CE, 30 septembre 1955, Caisse régionale de sécurité sociale de Nantes, *AJDA*, 1955, 2, p. 456.

- SABLIÈRE P, note sous CE, 21 mars 1984, Mansuy, *CJEG*, 1984, p. 258.
 note sous CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, *AJDA*, 2003, p. 477, conclusion Maugué.
- SALEILLES R, note sous Cour de Lyon, 1^{ère} chambre, 10 juillet 1894, Ville de Mâcon contre ville de Lyon et Bonnin, *S.* 1895, II, p. 185.
- SARRUT J, C. Cass, 20 décembre 1897, Chemins de fer d'Orléans, *D.* 1899, 1, p. 257.
- SAUJOT, commentaire sous CAA Douai, 24 juillet 2008, Commune de Rouen, *JCP G* 2008, II, p. 10181.
- SCHOETTL J-E, note sous CC, 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports, *LPA*, 6 mai 2005, n°90, p. 5.
 note sous CC, 26 juin 2003, n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *AJDA*, 28 juillet 2003, p. 1391.
 note sous CC, 14 avril 2005, n°2005-513DC, Rec. p. 67 ; *LPA*, 6 mai 2005, p. 5.
 conclusions sous CE, 26 mars 1999, Société EDA contre Aéroport de Paris, Rec. Conseil d'Etat, p. 96 ; *AJDA* 1999, p. 427.
 conclusions sous CE, 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Rec. Conseil d'Etat, p. 406, *CJEG*, 1997, p. 441.
- TEISSIER G, conclusions sous CE, 16 juillet 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, *D.* 1911, III, p. 73.
- TOUTEE, conclusions sous CE, Sect., 19 avril 1991, Époux Denard et Martin, Rec. Conseil d'Etat p. 148 ; *RFDA*, 1992, p. ?
- WALINE M, note sous Cour de Paris, 13 mai 1933, Ville d'Avalon contre consorts Lepoux, *D.* 1934, II, p. 101.
 note sous CE, 28 juin 1935, Marécar, *D.* 1936, III, p. 20.
 note sous CE, 13 octobre 1967, Cazeaux, Rec. Conseil d'Etat, p. 368.
 CE, 13 mars 1925, Ville de Paris, *D.* 1926, 3, p. 17.
 CE, 1^{er} mars 1967, Dlle Lescot, *RDP*, 1968, p. 175.
 note sous CE, Section, 28 juin 1963, Nancy, Rec. Conseil d'Etat p. 401; *RDP*, 1963, p. 1186.
- YOLKA P, note sous CAA de Bordeaux, 29 décembre 2009, n°09BX01310, Association comité des fêtes de Lavignolles de Salles, *JCP A*, 2010, comm. 2147.

note sous CE, 25 novembre 2009, Commune de Mer, Req. n°310208, *AJDA*,
2010, p. 51.

TABLE DE JURISPRUDENCES :

- TC, 28 janvier 1899, Préfet du département de la Dordogne contre Ville de Périgueux, *D.* 1899, III, p 41.
- Civil Cassation, 29 octobre 1900, Chemins de fer du Nord contre commune de Loos, *D.* 1901, I, p. 183.
- CE, 25 mai 1906, Ministre du commerce contre chemin de fer d'Orléans, *S.* 1908, III, p. 65.
- CE, 10 juin 1910, Compagnie PLM contre Etat, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 460 ; *S.* 1912, 3, p. 158.
- CE, 14 décembre 1910, Commune de la Brosse-Montceaux, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 944.
- CE, 7 avril 1916, Astruc, *S.* 1916, III, p. 41.
- CE, 27 juillet 1923, Gheusi, *D.* 1923, III, p. 57.
- CE, 26 mars 1930, Verliac, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 341.
- CE, 15 juin 1932, Dame Veuve Laffitte et sieur Vignes, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 587.
- CE, 17 juin 1932, ville de Castelnaudary, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 595.
- CE, Ass. 13 mai 1938 Caisse Primaire Aide et Protection, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 417.
- Cour de Nîmes, 4 décembre 1944, Etat français contre Brun, *D.* 1946, p. 28.
- CE, avis du 16 mars 1948, n°242.342, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2002, p. 63.
- Chronique administrative française, « Nouvelle conception de la structure et de la protection du domaine public », *RDP*, janvier-mars 1953, n°1, p. 68.
- CE, 20 avril 1956, Ville de Nice, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 162, *AJ*, 1956, 2, p. 266.
- CE, 12 avril 1957, Mimouni, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 262.
- CE, Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, *Rec. Conseil d'Etat* p. 246.
- CE, Ass. 11 mai 1959, Dauphin, *Rec. Conseil d'Etat* p. 294 ; *AJ*, 1958, 1, p. 113.
- CE, 20 mars 1962, chemin de fer de Carmaux, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 223.
- CE, 28 avril 1965, Société X, *D.* 1965, p. 655.
- C. Cass.1^{ère} Civ, 6 mars 1968 : *Bull.Civ. I*, n°89, p. 71.
- CE, 18 juin 1969, Dame Vial, req. 74252.
- CC, 16 juillet 1971, Liberté d'association, n°71-44DC, *Rec.* p. 29.
- CE, 14 juin 1972, Epoux Chabrol, req. 8046,
- CE, 30 mai 1975, Gozzoli, *Rec. Conseil d'Etat*, p. 325, *AJ*, 1975, p. 348.

- CE, Avis, 27 janvier 1977, n°518.858.
- CE, Sect, 22 avril 1977, n°95539, Michaud, Rec. Conseil d'Etat, p. 185 ; *AJDA* 1977, p. 441.
- CE, 11 mai 1977, Costes, Rec. Conseil d'Etat, tables p. 823.
- CC, 13 juillet 1979, Ponts à péage, n°79-107 DC, p. 31, *AJ*, 1979, n°2, p. 46.
- CC, 25 juillet 1979, n° 79-105 DC.
- CE, 13 juin 1980, Mme Bonjean, Rec. Conseil d'Etat, p. 274
- CE, 20 février 1981, Association pour la protection du site du Vieux-Pornichet.
- CE, 25 novembre 1981, n°20539, Commune de la Roche-sur-Foron, Rec. Conseil d'Etat, tables, p. 741.
- CE, 4 février 1983, Ville de Charleville-Mézières, Rec. Conseil d'Etat, p. 45
- CC, 26 juillet 1984, n°84-172 DC, Rec. p. 45, *RDP*, 1986, p. 395.
- CC, 13 mars 1985, n°85-198 DC, *AJDA*, 1986, p. 171.
- CC, 17 juillet 1985, Principes d'aménagement, n°85-189 DC, *RDP*, p. 474.
- CC, 25 et 26 juin 1986, n°86-207 DC, Rec. p. 61.
- CE, 6 juin 1986, *DA*, 1986, n°399.
- CC, 26 juin 1986, n° 86-207 DC, Loi autorisant le gouvernement à rendre diverses mesures d'ordre économique et social.
- CC, 18 septembre 1986, Liberté de communication, n°86-217 DC, p. 141.
- CE, 30 octobre 1987, Commune de Levallois-Perret, Rec. Conseil d'Etat, p. 335.
- C.Cassation, 1^{ère} civ, 21 décembre 1987, BRGM contre Société Lloyd Continental, *GAJA*, Dalloz, n°98.
- CE, 15 janvier 1988, Compagnie française d'entreprise et de garage, *DA*, 1988, n°104.
- CE, 1^{er} mars 1989, Béro, *DA*, 1989, n°244.
- CE, avis du 30 mars 1989, n°345.332, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2002, p. 213 ; CE, avis du 30 mars 1989, TGV Sud-est, *EDCE*, 1190, p. 236.
- CE, 10 mai 1989, Munoz, Rec. Conseil d'Etat, p. 675 ; *RDP*, 1989, p. 1805.
- CE, avis, 26 mai 1992, n°351 788, *EDCE*, 1992 p. 431.
- CE, 14 octobre 1991, Hélie, Rec. Conseil d'Etat, p. 927 ; *RDP*, 1992, p. 1179.
- CJCE, 19 mai 1993, Corbeau, Rec. CJCE 1993, I, p. 2563 et CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almeno, Rec. CJCE, 1994, I, p. 1477.
- CE, 3 décembre 1993, Union des syndicats CGT de Nîmes, *RDI*, 1994, p. 227.
- CE, 25 février 1994, SA Sofap-Marignan Immobilier, Rec. Conseil d'Etat p. 94, *RFDA* 1994, p. 510.

- CE, Assemblée, 10 juin 1994, Commune de Cabourg, requête, *AJDA*, 20 juillet/20 août 1994, p. 502.
- CC, 21 juillet 1994, n°94-346 DC, Rec. p. 96, *RFDA*, 1994, p. 814.
- CC, 23 juillet 1996, France Télécom, *AJDA*, 20 septembre 1996, p. 694.
- CE, Section, 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles, *DA*, 1998, n°248.
- TC, 5 juillet 1999, Commune de Sauve contre société Gestener, Rec. Conseil d'Etat, p. 464 ; *RFDA* 1999, p. 1163.
- CAA Paris, 27 septembre 2001, Institut de France, *DA*, février 2002, p. 21.
- CE, section de l'intérieur, Avis, 19 mars 2002, à propos de l'hôpital saint Anne.
- CE, 21 mars 2003, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux (Sipperec), *AJDA*, 27 octobre 2003, p. 1935.
- CC, 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, n°2002-460 DC *AJDA*, 28 octobre 2002, p. 1059
- CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/ 00, Altmark Trans GmbH, Rec. I, p. 7747, *D.* 2003, p. 2814.
- CE, Assemblée, avis du 10 juin 2004, *RFDA*, septembre-octobre 2004, n°5, p. 923.
- CE, avis, n°370.252, 10 juin 2004, Agence-France-Presse, Conseil d'Etat, Rapport public 2005, jurisprudence et avis, 2004, études et documents n°56, Responsabilité et socialisation du risque, *la Documentation Française*, 2005, p. 184.
- CE, 9 juin 2004, Commune de Peille, *RFDA*, 2004, p. 856
- CC, 5 août 2004, n°2004-501 DC.
- CC, 14 avril 2005, n°2005-513 DC.
- CE, 25 mai 2005, Sociétés des cinémas d'Huez-Chamrousse, *AJDA*, 2005, p. 1804.
- CE, 1^{er} juin 2005, Gayant, *AJDA*, 2005, p. 1747.
- CE, ordonnance référé, 25 août 2005, Commune de Massat, *AJDA*, 16 janvier 2006, p. 91.
- CE, 25 janvier 2006, Commune de la Souche, n°284878, Rec. Conseil d'Etat, tables, p. 862 ; *C-MP*, 2006, comm. 88 ; *AJDA*, 2006, p. 231.
- CE, 22 janvier 2007, Association les amis des Tuileries, *DA*, mars 2007, commentaire 40, p. 21.
- CE, 22 février 2007, Association personnel relevant des établissements pour inadaptés, *DA*, n°4, avril 2007, commentaire 64, p. 36.
- Civ. 3^{ème}, 4 avril 2007, Murat, *AJDA*, 16 juillet 2007, p. 1428.
- CE, 23 mai 2007, Département des Landes, relatif à la CEDH et art 1 protocole additionnel.

- TA d'Orléans, 29 avril 2008, Lenoir et SNSO contre Département du Loiret, n°0604132, n°0604140.
- C, 24 juillet 2008, n°2008-567 DC, loi relative aux contrats de partenariat, Gaz. Pal, 8-9 août 2008, p. 4.
- C. Cassation 1^{ère} civ, 25 février 2009, X contre Commune Sospel, *AJDA*, 2009, p. 1214.
- CE, 5 février 2009, Association société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nancy et des Alpes Maritimes, *AJDA* 2009, p. 231, obs. M-C de Montecler.
- CAA de Lyon, 29 avril 2008, Société Boucheries André, *RDI*, 2008. 552, note O. Févrot.
- CE, 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, Tables du Rec. Conseil d'Etat, p. 739.
- CE, 28 décembre 2009, Société Brasserie du théâtre, Rec. Conseil d'Etat, p. 528, *BJCL*, 2010, p. 274.
- CE, 23 juillet 2010, Lenoir et Syndicat national des entreprises de second œuvre, Rec. Conseil d'Etat, p. 339.
- Autorité de la concurrence, avis, n°10-A-04, 22 février 2010, *RJEP*, juin 2010, n°676, p. 14.
- Autorité de la concurrence, 15 avril 2010, n°10-D-13, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au Port du Havre, *DA*, août-septembre 2010, p. 19 à 22.
- CE, 19 janvier 2011, Commune de Limoges, n°323924, tables du recueil Lebon.

TEXTES

I- Lois, ordonnances, directives, décrets :

- Loi du 9 décembre 1905, relative à la séparation des Eglises et de l'Etat, *JO* 11 décembre 1905, p. 7205.
- Loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, n° 46-628, *JO* du 9 avril 1946 p. 2651.
- Loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles, n°65-557, *JO* du 11 juillet 1965, p. 5950.
- Ordonnance du 1^{er} décembre 1985 relative à la liberté des prix et de la concurrence, n°86-1243, *JO* du 9 décembre 1986, p. 14773.
- Loi du 5 janvier 1988, loi d'amélioration de la décentralisation, n°88-13, *JO* du 6 janvier 1988, p. 208.
- Loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, n°90-568, *JO*, 8 juillet 1990, p. 8069.
- Loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications, n°90-1170, *JO* du 30 décembre 1990 p. 16439.
- Loi du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, n° 91-650, *JO* du 14 février 1991.
- Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, n°93-122, *JO* du 30 janvier 1993, p. 1588.
- Loi du 25 juillet 1994, complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n°94-631, *JO* du 26 juillet 1994, p. 10749.
- Loi du 26 juillet 1996, loi 96-66 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *JO*, 27 juillet 1996, p. 11398.
- Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *JO* n° L 027 du 30 janvier 1997, p. 20-29.
- Loi du 13 février 1997, portant création de l'établissement public " Réseau ferré de France " en vue du renouveau du transport ferroviaire, n°97-135, *JO*, 15 février 1997, p. 2592.
- Loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, n°2000-108, *JO* du 11 février 2000, p. 2143

- Loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, n°2001-692, *JO* du 2 août 2001, p. 12480.
- Loi du 11 décembre 2001 MURCEF (Mesures urgentes à caractère économique et financier) n°2001-1168, *JO* du 12 décembre 2001, p. 19703.
- Loi du 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°2002-1094, *JO* 30 août 2002, p. 14398.
- Loi du 9 septembre 2002, loi d'orientation et de programmation pour la justice, n°2002-1138, *JO* 10 septembre 2002, p. 14934.
- Loi du 27 janvier 2003, loi de programmation pour la défense, n°2003-73, *JO* du 29 janvier 2003, p. 1744.
- Loi du 18 mars 2003, pour la sécurité intérieure, n°3003-239, *JO* du 19 mars 2003, p. 4761
- Ordonnance du 4 septembre 2003, portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, n° 2003-850, *JO* du 6 septembre 2003, p. 15391.
- Loi du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n°2003-119, *JO* du 27 novembre 2003, p. 20136.
- Loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et de France Télécom, n° 2003-1365, *JO* 1^{er} janvier 2004, p. 9.
- Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats, *JO* n°141 p. 10994
- Loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, n°2004-803, *JO* du 11 août 2004, p. 14256.
- Loi du 13 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales, n° 2004-809, *JO* du 17 août 2004, p. 14545.
- Ordonnance du 19 août 2004, relative au statut des immeubles à usage de bureaux et des immeubles dans lesquels est effectué le contrôle technique des véhicules et modifiant le code du domaine de l'Etat (partie législative), *JO* n°194 du 21 août 2004, p. 14946
- Loi du 20 avril 2005, relative aux aéroports, n°2005-357, *JO* 21 avril 2005, p. 6969.
- Loi du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, n°2005-516, *JO* du 21 mai 2005, p. 8825.
- Ordonnance du 6 juin 2005, n°2005-649 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, *JO*, 7 juin 2005, p. 10014.
- Décret du 8 décembre 2005, n°2005-1538, *JO* du 10 décembre 2005, p. 19069.

- Loi de finances 2006 du 30 décembre 2005, n°2005-1719, *JO* n°304 du 31 décembre 2005, p. 20597.
- Loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, n°2006-10, *JO* du 6 janvier 2006, p. 217.
- Ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, n°2006-460, *JO* du 22 avril 2006, p. 6024.
- Décret du 16 octobre 2006, n° 2006-1267, *JO* n° 242 du 18 octobre 2006, texte n°9, non publié au *JO* version papier mais disponible en version électronique sur <http://www.legifrance.gouv.fr>.
- Loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, n°2006-1537, *JO* du 8 décembre 2006, p. 18531.
- Loi du 19 février 2007 instituant la fiducie, n°2007-211, *JO* 21 février 2007, p. 3052.
- Loi du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités (LRU), n°2007-1199, *JO* 11 août 2007, p. 13468.
- Loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, n° 2008-735, *JO* du 29 juillet 2008, p. 12144.
- Loi de finances de 2009 du 27 décembre 2008, n°2008-1425, *JO* n°302, du 28 décembre 2008, p. 20224.
- Décret du 10 février 2009, n°2009-151, relatif à la rémunération de certains services rendus par l'Etat consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel, *JO* du 12 février 2009, p. 2505.
- Loi du 12 mai 2009, loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, n°2009-526, *JO* du 13 mai 2009, p. 7920.
- Loi du 8 décembre 2009, relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, n° 2009-1503, *JO* du 9 décembre 2009, p. 21226.
- Loi du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, n°2010-123, *JO* du 10 février 2010, p. 2321.
- Loi du 23 juillet 2010, relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, n° 2010-853, article 11, *JO* du 24 juillet 2010, p. 13650.
- Loi du 13 décembre 2010, relative aux activités immobilières des établissements d'enseignement supérieur, aux structures interuniversitaires de coopération et aux conditions de recrutement et d'emploi du personnel enseignant et universitaire, *JO* du 14 décembre 2010, p. 21089

-Loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, n°2011-267, JO du 15 mars 2011, p. 4582.

-Décret du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques, *JO* du 24 novembre 2011, p. 19708.

II- Circulaires ministérielles.

-La gestion du patrimoine immobilier de l'Etat modernisée, circulaire 28 février 2007, *JO*, 3 mars 2007, p 4040, *La semaine juridique*, édition Administration et collectivités territoriales, n°12, 19 mars 2007, p 9.

-Circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'Etat, *JO* du 27 avril 2007, p. 7470

-Circulaire du 25 juin 2003 relative aux stratégies ministérielles de réforme, *JO* 17 juillet 2003, p. 12095.

-Circulaire du 28 février 2007, *JO* 3 mars 2007, p 4040, extraits *la semaine juridique*, édition administrations et collectivités territoriales, *Juriscasseur*, n°12, 19 mars 2007, p 9.

III- Rapport de l'Assemblée Nationale ou du Sénat :

-Rapport du Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, Annexe 1 du CGPPP 2011, *Litec*, p 497.

-Rapport G. TRON, Immobilier de l'Etat, sortir de l'immobilisme, rapport n°2457, 6 juillet 2005, Commission des finances, de l'économie générale et du Plan, Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'évaluation et de contrôle sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'Etat et des établissements publics n° 2457 déposé le 6 juillet 2005.

-Rapport spécial sur la gestion du patrimoine immobilier de l'Etat remis par Y. DENIAUD, novembre 2008, Assemblée Nationale, n° 1198.

-BRICQ N, « Rapport d'information sur l'Etat locataire », Sénat, n° 510, juillet 2009.

ABREVIATIONS	3
INTRODUCTION	7
PREMIERE PARTIE : LA NATURE DE LA NOTION D’AFFECTATION DES BIENS A L’UTILITE PUBLIQUE.	29
Titre I : La notion d’affectation : une notion matérielle.....	31
Chapitre I : Le sens et la portée de la notion d’affectation des biens à l’utilité publique.	33
Section I- L’affectation des biens à l’utilité publique : une notion finaliste.....	34
§1- La définition de la notion de biens affectés à l’utilité publique.	34
A- La notion de bien.	35
B- Précision sur la notion d’utilité publique.	39
§2- Les formes de l’affectation.	47
A- Un acte de fait.....	47
B- Un acte formel relatif.....	51
Section II : Les degrés possibles de l’affectation : l’importance de l’utilité publique en jeu.	53
§1- Le choix de l’affectation : des variations possibles autour de ce choix politique.	54
A-L’échelle de l’affectation.....	54
B-L’affectation : un choix politique.	58
§2- Les conséquences de la mise en avant de l’affectation.	61
A-La notion d’affectation : un outil de gestion domaniale.	61
B- Le domaine public : un noyau dur réduit au minimum.....	62
Chapitre II : La notion d’affectation des biens à l’utilité publique : une notion guide au service du droit des biens.....	67
Section I : Le critère de l’affectation : un critère servant de guide au droit des biens publics.	68
§1- Un critère partie prenante de la consistance du domaine public et des grandes notions du droit administratif.	68
A-Le critère de l’affectation : un critère ancien servant à la définition du domaine public.....	69
B-Le critère de l’affectation : un critère commun et omniprésent en droit administratif des biens.	78
§2-Un critère au centre des préoccupations jurisprudentielles.....	82
A-L’analyse du critère de l’affectation par la jurisprudence administrative.....	83
B- Les conclusions de l’analyse jurisprudentielle.	95
Section II : L’affectation : un critère indépendant et autonome de la propriété du bien.....	102
§1- L’affectation : une notion indépendante de la propriété publique.	102
A- Une opposition historique dans la théorie générale du domaine public : la notion d’affectation et de propriété.....	103
B-Une propriété et une affectation indépendante : des conséquences différentes.	108
§2- L’affectation : un critère matériel et finaliste prenant le pas sur le critère organique.....	115
A-Le recul du critère organique dans le droit administratif en général.	115
B- Le recul récent du critère organique en droit public des biens et au sein du domaine public.	120
Titre II : La notion d’affectation : un acte volontaire ou involontaire.	127
Chapitre I : L’affectation : un acte de gestion domaniale volontaire.	129
Section I : Le pouvoir d’affectation : un pouvoir rattaché en principe au propriétaire du bien.	130
§1- L’affectation : un attribut de principe de la propriété administrative.	130
A-Le droit de propriété et le pouvoir d’affectation : deux notions étroitement liées.....	131
B-Le droit de propriété et le pouvoir d’affectation : une vision purement française du droit des biens publics.	136
§2- Les difficultés engendrées par la confusion entre la propriété des personnes publiques et leur pouvoir d’affectation.	141

A-Un frein à la circulation des biens publics.....	141
B-Un frein en matière d'utilisation privative du domaine public.....	145
Section II : Le pouvoir d'affectation : un pouvoir détachable de la qualité du propriétaire du bien.....	149
§1- Une vision émergente : le détachement du pouvoir de l'affectataire.....	149
A-Deux pouvoirs autonomes.....	150
B-La vision dualiste de la propriété nécessaire à la mise en avant de l'affectation.....	152
§2- La reconnaissance d'une autonomie relative de l'affectation : une avancée au service d'une meilleure gestion domaniale.....	156
A-Une dissociation au service de la valorisation économique.....	156
B-Des transferts de gestion aujourd'hui plus fréquents.....	160

Chapitre 2 : L'affectation des biens : une justification efficace de la gestion autoritaire des biens par une autre personne que le propriétaire..... 165

Section I : Les mutations domaniales : preuve de l'importance donnée à la préoccupation de l'intérêt général.....	166
§1 : La manifestation d'une prérogative exorbitante de l'Etat au nom de l'intérêt général.....	166
A-Les fondements de la théorie des mutations domaniales.....	167
B-L'utilité et les manifestations de la théorie des mutations domaniales : une théorie justifiée.....	171
§2- L'évolution de la théorie des mutations domaniales.....	175
A-L'existence de la théorie des mutations domaniales avant la réforme du droit des biens publics.....	175
B-L'existence de la théorie après l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques.....	181
Section II : Les mutations domaniales : une justification donnée à la prédominance de l'affectation.....	186
§1- Les mutations domaniales : une manifestation de la dissociation entre le droit de propriété et l'affectation.....	186
A-L'éclatement de la propriété et de l'affectation.....	187
B-La mise en lumière de l'éclatement du propriétaire et de l'affectataire.....	190
§- 2 Le but ultime : la préservation de l'affectation sans une propriété publique nécessaire.....	193
A-La notion d'affectation : notion centrale de la théorie des mutations domaniales.....	194
B-Les mutations domaniales : une illustration de l'inutilité du cadre systématique de la propriété publique.....	197

PARTIE II : LA PORTEE ET LES CONSEQUENCES DE LA NOTION D'AFFECTION DES BIENS A L'UTILITE PUBLIQUE..... 203

Titre I : L'impact de la notion d'affectation finaliste sur la délimitation et la protection du domaine public..... 205

Chapitre I : L'affectation du bien : une notion guidant l'intensité du régime juridique du bien.....	207
Section I : Une domanialité publique en fonction du degré de l'affectation du bien.....	208
§1- La domanialité publique : un régime juridique rigoureux.....	208
A-Un régime juridique ancien contraignant.....	208
B-Un régime juridique au service de l'affectation.....	214
§2- La domanialité publique : un régime juridique à repenser.....	219
A-La domanialité publique à recentrer sur le noyau dur du domaine public.....	219
B-La domanialité publique : une application au-delà du domaine public et de la personne publique.....	226
Section II : Une domanialité spécifique pour des biens hors du domaine public : la permanence de la protection des biens affectés à une utilité publique.....	229
§1- L'émergence progressive des biens privés affectés à des services publics en dehors du domaine public.....	230
A-Les multiples facteurs expliquant l'intervention législative ayant conduit à la mise en place des régimes dérogatoires à la domanialité publique.....	230

B-Les différents cas de constructions de régimes spécialement adaptés aux biens.	236
§2-La mise en évidence d'une situation paradoxale : entre protection du Conseil Constitutionnel et régime dérogatoire.	242
A-Une position constitutionnelle mitigée.	243
B-Une moindre lisibilité du régime juridique des biens affectés.	247
Chapitre 2 : Un régime juridique assurant la protection de l'affectation : le dépassement de la protection organique.	251
Section I : Les protections traditionnelles des biens affectés à l'utilité publique.	252
§1- L'état des lieux de la protection traditionnelle : entre propriété publique et domaine public.	252
A- L'appropriation systématique des personnes publiques : l'ampleur des prérogatives du propriétaire.	253
B-L'incorporation massive et systématique des biens au sein du domaine public.	258
§ 2- Les conséquences de la protection traditionnelle des biens affectés à l'utilité publique.	263
A-Les indéniables avantages de la protection traditionnelle.	264
B-Les inconvénients de la protection traditionnelle.	268
Section II : La protection en émergence des biens affectés à l'utilité publique : des prérogatives détachées du propriétaire et du domaine public.	274
§1- Une nouvelle protection guidée par le critère matériel : l'affectation.	274
A-La protection des biens affectés dissociables de l'appartenance à une personne publique.	275
B-La protection des biens affectés dissociables de l'appartenance au domaine public.	280
§2- Des régimes juridiques sur mesure : l'illustration des nouvelles protections des biens affectés à l'utilité publique.	283
A-Les nouveaux cas de protection de l'affectation des biens.	283
B-Le cadre des nouvelles protections en dehors de la propriété publique : des mécanismes soumis à conditions.	289
Titre 2 : La mise en avant de la notion d'affectation et de son régime juridique : un impact sur la gestion des biens.	295
Chapitre 1 : La valorisation des biens affectés à l'utilité publique : une voie ouverte grâce à de nouvelles techniques de financement.	297
Section I- La conception actuelle de l'affectation et de sa protection : une limite à la valorisation du domaine public.	298
§1- La problématique récurrente de la valorisation du patrimoine public et de l'accès des personnes privées au domaine public.	298
A-La valorisation économique du patrimoine des personnes publiques : une notion relativement récente.	299
B-La question centrale des droits réels sur le domaine public.	303
§2- Des lacunes encore visibles en matière de garanties offertes aux investisseurs privés.	308
A-L'insuffisance des différentes interventions législatives.	309
B-L'apport du CGPPP de 2006 : entre évolutions et questionnements.	316
Section II- La nouvelle conception de l'affectation et de sa protection : des perspectives de valorisation.	322
§1- Des nouvelles techniques de financements grâce à l'évolution de la conception de l'affectation. ...	322
A-Des techniques longtemps interdites et désormais autorisées.	323
B-Des outils innovants pour une gestion plus souple.	330
§2-Des voies en matière d'outils juridiques et de techniques de financements encore à explorer.	341
A-Des techniques et des outils juridiques à explorer.	341
B-Les difficultés de mise en place : obstacles insurmontables pour les nouvelles techniques et les droits réels en général.	346
Chapitre 2: Les contours incertains de la valorisation des dépendances domaniales : entre mise en avant de l'affectation et risques encourus.	353
Section I : La nécessité d'encadrer la valorisation.	354

§1 : De nouveaux objectifs réalisables grâce à la mise en avant de la notion d'affectation.....	354
A-L'élargissement de la catégorie des biens concernés par la valorisation économique.....	355
B-De nouvelles préoccupations sous-jacentes engendrées par la valorisation économique.....	359
§2 : Les limites et les effets pervers d'une valorisation à outrance.....	361
A-D'un Etat propriétaire à un Etat locataire.....	362
B-L'externalisation fréquente des activités des personnes publiques.....	367
Section II : La pression incessante du droit interne et du droit communautaire sur l'enjeu de la valorisation économique.....	373
§1 : Des logiques françaises et européennes de valorisation différentes.....	374
A-Une différence notable de conception du service public.....	374
B-Une incitation à la mise en concurrence des occupants et des prestataires sur le domaine public.....	378
§2 : Un rôle de l'Etat à redéfinir.....	384
A-Un Etat déséquilibré aux rôles multiples.....	385
B-Vers une redéfinition des champs d'interventions étatiques.....	389
CONCLUSION GENERALE	395
BIBLIOGRAPHIE	399
TABLE DE JURISPRUDENCES :	427
TEXTES	431

Hélène SAUGEZ

L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public.

Le droit public des biens est en pleine mutation. Les mouvements affectent principalement la définition de la propriété publique et celle du domaine public. Au cœur de ces notions se trouve l'affectation des biens à l'utilité publique. En effet, cette dernière est directement liée au domaine public puisqu'elle constitue un critère de reconnaissance de l'appartenance d'un bien au domaine public. Le premier remède à la crise fut l'adoption de la réforme législative de 2006 aboutissant au Code général de la propriété des personnes publiques.

L'affectation est relativement mise en avant au sein de ce Code. La réforme demeure, cependant, superficielle. En effet, une logique différente de celle de la propriété aurait dû prévaloir pour résoudre les enjeux majeurs de cette crise. C'est en démontrant que la notion d'affectation, autonome par rapport à celle de la propriété publique, doit rester un élément fondamental de reconnaissance du domaine public, ce dernier devant être réduit à l'essentiel. Mais, elle doit surtout conduire, une fois libérée du critère organique, à une meilleure valorisation des propriétés publiques.

Aujourd'hui, des biens affectés à l'utilité publique appartiennent à des personnes privées. Ils ne font certes plus partie du domaine public mais demeurent pourtant soumis à l'application d'un régime juridique protecteur, assimilable aux règles de la domanialité publique.

In fine, la protection de l'affectation s'envisage en dehors de la propriété publique, tout en conciliant la satisfaction de l'intérêt général avec les impératifs économiques.

Mots clés : affectation, utilité publique, domaine public, propriété publique, valorisation économique, mutation domaniale, domanialité publique, droits réels, inaliénabilité, externalisation.

The affectation of the properties in the public utility. Contribution to the general theory of the public domain.

The public law of the properties is in full transformation. The movements affect mainly the definition of the public property and that of the public domain. In the heart of these notions is the affectation of the properties in the public utility. Indeed, this last one is directly bound to the public domain. The first remedy in the crisis was the adoption of the legislative reform of 2006 ending in the general Code of the property of the public persons.

The affectation is relatively emphasis within this Code. The reform remains, however, superficial. Indeed, a logic different from that of the property should have prevailed to resolve the major stakes in this crisis. While demonstrating the notion of affectation, autonomous with regard to that of the public property, has to remain a fundamental element of recognition of the public domain, this last one that must be reduced to the main part. But, it especially has to lead, once freed from the organic criterion, in a better valuation of the public properties.

Today, properties allocated to the public utility belong to private persons. They are not certainly a part any more of the public domain but remain nevertheless subdued with care of a protective legal regime, comparable to the rules of the public domaniality.

At the end, the protection of the affectation envisages except the public property, while reconciling the satisfaction of the general interest with the economic imperatives.

Keywords: affectation (appointment), public utility, public domain, public property, economic valuation, state-owned transfer, public domaniality, right, realities, inalienability, outsourcing.

**Université d'Orléans-Faculté de droit, économie et gestion. Ecole de droit,
Laboratoire Collectivités Publiques EA 2080
11 rue de Blois BP 26 739
45067 ORLEANS CEDEX 2**